Wie ist der Mieter nach dem B.G.B. gegen nachbarliche Immissionen geschützt?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der
Hohen Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität
Erlangen

vorgelegt von

Alfred Freistein

aus Wanne

Gerichtsreferendar am Landgericht zu Dortmund i. W.

Approbiert am 13. Februar 1929

Erlangen

Druck der Buch- und Akzidenzdruckerei Höfer & Limmert
1929.

29:360

Referent:
Geh. Justizrat Univ.-Prof. Dr. iur. et phil. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern gewidmet.

Vermerk:

Soweit in den folgenden Ausführungen Paragraphen ohne nähere Gesetzesangabe zitiert wurden, sind es solche des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung und Begriff „nachbarliche Immission“ 9

Erster Abschnitt

II. Der Schutz des Mieters aus obligatorischen Rechtsbeziehungen gegen den Vermieter 17

1. Der Erfüllungsanspruch 17
2. Das Recht des Mieters auf Gewährleistung 27
3. Der Schadensersatzanspruch 32
4. Das Kündigungsrecht wegen Nichterfüllung 39

Zweiter Abschnitt

III. Der Schutz des Mieters aus sachenrechtlichen Rechtsbeziehungen gegen Dritte 48

1. Die Frage nach dem dinglichen Schutz 48
2. Der Schutz des Mietbesitzes 54
3. Der deliktische Schadensersatzanspruch 64

IV. Kurzer Ausblick auf den Schutz außerhalb des B.G.B. und zusammenfassende Betrachtung 69

Literaturverzeichnis.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB. 3. Auflage, Berlin 1914.

Borchardt, Mietsrecht nach dem BGB. mit besonderer Berücksichtigung des ALR. 1899.

Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB., 2. Aufl. 1902.

Bunsen, Besitzschutzrecht im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 23.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 5. Auflage, Jena 1910; Bd. II 1, 6. Auflage, Jena 1913.

Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. II, Tübingen Leipzig 1902; Bd. III, Berlin 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. II, Abt. 2, 4. Aufl., Halle a. S. 1915; Bd. III, 4. Aufl., Halle a. S. 1908.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl., Berlin 1903; Bd. II, 8. u. 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Abt. 2, 7. Bearbeitung, Marburg 1920; Bd. II, Abt. 1, 12—14. Aufl., Marburg 1921.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896, 11. Aufl., München 1921.

Fränkel, Das Miet- und Pachtrecht nach dem BGB., Berlin 1897.

Fuchs, Grundbuchrecht 1899/1900.

Derselbe, Probleme des Sachenrechts in Gruchot.

Fuld, Das Mietrecht nach dem BGB., 1898.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1903; Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1912.

Hahn, Die Ansprüche wegen Immissionen, Jena 1908.

Hesse, Der Schutz des Mieters gegen Dritte, Halle a. S. 1900.

Derselbe, Die rechtliche Natur der Miete (herausg. von Leonhard in Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts) Heft 8, Breslau 1902.

Hölder, im Archiv für zivilistische Praxis.

Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. I, 6. Aufl., 1904.
Hörig, Die Einwirkungen nach § 906, Leipzig 1906.
Juristische Wochenschrift.
Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, 1900.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., 1899.
Kübler, Geschichte des römischen Rechts, Leipzig und Erlangen 1925.
Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerl. Gesetzbuchs, Berlin 1898.
Loewe, Mietrecht des Deutschen Reichs, München 1910.
Maenner, Sachenrecht, 2. Aufl., München 1906.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. u. 7. Aufl., Berlin 1914.
Meisner, Christian, Das in Bayern geltende Nachbarrecht unter Berücksichtigung des Wasserrechts, München 1901.
Derselbe, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar Breslau 1898.
Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, 1. Aufl., Berlin 1900; 3. Aufl., Berlin 1913.
Niendorff, Mietrecht nach dem neuen BGB., 8. Aufl., Berlin 1907.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 5. Aufl., Berlin 1909.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl., Berlin 1910.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche nebst Einführungsgesetz. II. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928. III. Bd., Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearb. von Achilles-Spahn-Gebhardt 1897.
Rechtsprechung der OLG. (herausgegeben von Mugdan und Falkmann).
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. II. Bd., 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928. III. Bd., Sachenrecht, Berlin und Leipzig 1928.
Sachs, Einwirkung nachbarlicher Immissionen auf bestehende Mietverhältnisse, Berlin 1918.
Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl., Wien 1865.
Schöller, Die schuldhafte Nichterfüllung von Verträgen in Gruchots Beiträgen Bd. 46.

Simeon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Erster Band, erste Hälfte, 14. u. 15. Aufl., Berlin 1928.

Derselbe, Lehrbuch des bürgerilchen Rechts. Erster Band, zweite Hälfte, 6. Aufl., Berlin 1913.

Spitzer, Der Schutz des Mieters gegen Immissionen nach bürgerlichem Recht, Posen 1911.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1928; Bd. 3, 1. Teil, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1926.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. III, 3. Aufl., Berlin 1908.

Strauß, Die Miete nach dem BGB., 1908.

Tumpowsky, Der Mängelanspruch des Mieters, Leipzig 1902.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen, Bd. 1, Paderborn 1906.

Volkmar in D.J.Zt. 1901, S. 382.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

Zivilprozeßordnung und Nebengesetze bearbeitet von Kann, Berlin 1924.

I. Einleitung und der Begriff „nachbarliche Immission".

Die kulturelle und soziale Entwicklung der letzten Jahrzehnte erheischt mehr denn vorher einen ausreichenden Rechtsschutz des Mieters gegen die sich aus dem engen Zusammenwohnen ergebenden Beeinträchtigungen durch Immissionen. Diese Entwicklung hat es mit sich gebracht, daß der größte Teil aller Personen Mietverhältnisse einzugehen gezwungen ist. Es ist deshalb bei dieser Tatsache eine selbstverständliche Aufgabe des Rechtsstaates, dieser Entwicklung durch eingehende Regelung und Ausgleichung der widerstrebenden Interessen von Mieter und Vermieter Rechnung zu tragen. Das hat auch der Gesetzgeber in den §§ 535 ff. getan, und eben an der großen Zahl der das Mietrechtsverhältnis regelnden Paragraphen können wir erkennen, daß der Gesetzgeber diesem Rechtsinstitute große Beachtung schenkt. Aufgabe dieser Arbeit wird es nun sein, zu untersuchen, ob und wie der Mieter gerade gegen nachbarliche Immissionen geschützt ist.

Bevor die Prüfung der Frage nach dem Immissionsschutze begonnen werden kann, ist es erforderlich, eine genaue Kenntnis und Übersicht über den Begriff „nachbarliche Immissionen" zu gewinnen. Zunächst: was ist eine Immission? Eine genaue Definition gibt uns der Gesetzgeber nicht. Er zählt im § 906 nur einige Beispiele auf, was er darunter verstanden haben will, und läßt im übrigen durch die Wendung „und ähnliche Einwirkungen" die Subsumierung anderer Einwirkungen unter den § 906 zu. Als Immissionen aufgezählt sind: Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Ruß, Geräusch, Erschütterungen.

Die Motive[1]) sprechen hier von „Immissionen von Imponderabilien", worunter man sogen. unwägbare Stoffe,

1) Bd. III, S. 265.

also solche von kleinestem Ausmaße zu verstehen hat. Dernburg[2]) erklärt Immissionen als schädliche Einwirkungen, die vom Nachbargrundstücke herrühren und in der Hauptsache durch Vermittelung von Wasser und Luft auf andere Grundstücke einwirken. Diese Begriffserklärung von Immissionen, die Dernburg gibt, ist aber zu allgemein gehalten, um zu einer Klarstellung zu gelangen.

Da — wie oben erwähnt — der Gesetzgeber Spielraum für weitere Einreihung von Einwirkungen als Immmissionen unter den § 906 zugelassen hat, ist es unsicher, welche Einwirkungen noch unter § 906 fallen. Aus dem Rechte des Eigentümers eines Grundstückes jede Einwirkung anderer auszuschließen (§ 903), folgt an sich die Unzulässigkeit von Immissionen. Das ist auch der Standpunkt der II. Kommission im Gegensatz zu der von der I. Kommission in den Kommissions-Protokollen[3]) vertretenen Ansicht der unbeschränkten Freiheit des Eigentums. Aus dem § 906 selbst kann man zu der obigen Folgerung gelangen, weil der § 906 eine Eigentumsbeschränkung unter bestimmten Voraussetzungen ist. Aus der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Immissionen folgt weiter, daß alle Immissionen, die das Gesetz nach § 906 nicht gestattet, unzulässig sind, wenn nicht der Einwirkende nach § 903 ein Recht zur Einwirkung hatte. Hier ist die Schranke des § 226 zu beachten, nach welcher auch solche Immissionen, die nach § 906 unzulässig sind, dann nicht von dem beeinträchtigten Eigentümer verboten werden können — letzteres gilt auch im umgekehrten Falle —, wenn das Verbot der Immission nur den Zweck haben kann, dem „Immittenten" Schaden zuzufügen. Hierfür ein Beispiel: Der von einer Schlosserei oder einer Schmiede ausgehende, erhebliche Lärm kann an sich nach § 906 verboten werden, weil er nicht ortsüblich ist und eine wesentliche Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks hervorrufen kann. Der Nachbareigentümer, der in Wirklichkeit nicht wesentlich beeinträchtigt ist, verbietet nun

2) Sachenrecht, zu § 80, S. 270.
3) S. 3532.

aus Ärger oder persönlicher Feindschaft dem Nachbarn weitere Einwirkungen. Das kann er aber nicht.

Der § 906 ist eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung[4]), die aber vom Gesetzgeber durchaus gerechtfertigt festgesetzt ist, weil gerade durch Immissionen sehr häufig Streitigkeiten unter Nachbarn entstehen, die nun durch genaue, gesetzliche Regelung, insbesondere der Abgrenzung des Maßes der Einwirkungen, eine wesentliche Minderung erfahren. Letzteres ist im § 906 geschehen durch die Wendung: „insoweit die Einwirkung die Benützung des Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder insoweit sie durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist".

Unter „ähnlichen Einwirkungen" die eine Erweiterung der unter den § 906 fallenden Immissionen bedeuten, versteht die Literatur und Praxis z. B. die Zuführung von grellem Licht[5]), von künstlich erzeugter starker Kälte[6]), die Einwirkung von elektrischen Strömen[7]), schädliche Ausdünstungen[8]), das Eindringen von Staub[9]), Asche[10]), Funken[11]) u. a. mehr.

Nach Planck[12]) sind unter „ähnlichen Einwirkungen" zu verstehen: „unmittelbare und positive Eingriffe in das Eigentum", sinnlich wahrnehmbare Zuführungen, die entweder auf das Grundstück und die dort befindlichen Sachen einwirken oder die auf dem Grundstücke befindlichen Personen belästigen. Nach Staudinger[13]) fällt aber nicht das Eindringen von festen Körpern und von

---

4) RGE. Bd. 6, S. 217; siehe Windscheid-Pandekten I § 169 Anm. 6; A. M. Dernburg, Pand. I § 199 Nr. 4.

5) Z. B. von einem Scheinwerfer.

6) Zitiert bei Turnau-Förster, Bem. 2 zu § 906.

7) Endemann II § 72; Maenner, S. 119.

8) Staudinger, Bem. I 5a zu § 906.

9) Seuff. Archiv Bd. 18 Nr. 11 und Bd. 48 Nr. 247.

10) RGE. Bd. 40, S. 182.

11) Z. B. Lokomotivfunken. RGE. Bd. 17, S. 103.

12) Bem. 3 zu § 906 S. 276.

13) Bem. 15 zu § 906.

Flüssigkeiten, die nicht „in der Luft suspendiert" sind, unter den § 906. Z. B. ist nicht nach § 906 zu beurteilen das Eindringen von Tieren, Haustieren, Bienen[14]), Tauben oder von Steinen aus einem benachbarten Steinbruch. Das ist in der Literatur nicht unbestritten. Anderer Meinung wie Staudinger sind Endemann[15], Meisner[16]) und Hörig[17]) und die frühere reichsgerichtliche Praxis[18]).

Die Gegenmeinung kann m. E. nicht haltbar sein; an eine so weite Auslegung des Begriffs „ähnliche Einwirkungen" wird der Gesetzgeber kaum gedacht haben. Der Unterschied der im § 906 aufgezählten angeblichen Immissionen ist doch zu groß, als daß man von Ähnlichkeit sprechen könnte. In solchen Fällen — bei Eindringen von Tieren, Herüberfliegen von Geschossen oder von Steinsplittern — muß dem Eigentümer das Recht aus den §§ 903, 1004 zustehen. Wenn dagegen angeführt wird[19]), daß sich eine Reihe solcher Immissionen nur unverhältnismäßig schwer in abgesteckten Grenzen halten lassen können und daß ihr Ausschluß nach § 903 die Wirtschaftlichkeit des Grundstücks, von dem sie ausgehen, schädigen würden, so ist dagegen zu sagen, daß in solchen Fällen zuerst der Eigenütmer des betroffenen Grundstücks geschützt werden muß, denn die Ursache ist und bleibt das benachbarte Grundstück. Wollte man anders entscheiden, dann müßte man gegen das Ein-

---

Über den Streit der Ansichten vgl. Strauß in D.J.Zt. 1903, S. 367; Kuhlenbeck in D.J.Zt. 1904, S. 309; auch Dernburg im Bd. III, S. 273 läßt im Anschluß an RGE. Bd. 12, S. 174 eine Beeinträchtigung durch starke Bienenzucht unter § 906 fallen und selbst Staudinger, Bem. I 5 zu § 906 hält da neben Tauben, Ratten und Mäuse unter den § 906 fallend.

15) Bd. II S. 469.

16) S. 68 ff. hält es bei manchen Einwirkungen für zweifelhaft.

17) Hörig, S. 12; dagegen und damit der gleichen Ansicht wie Staudinger; Planck zu § 906, S. 277; Crome III § 394; Fischer-Henle u § 906; Goldmann-Lilienthal II, § 10, Anm. 21.

18) Bd. 12, S. 174; Bd. 38, S. 379; neuerdings aber Ansicht geändert z. B. in Bd. 76, S. 132.

19) So Meisner, Nachbarrecht S. 69.

dringen von Ungeziefer, Mäusen oder Ratten, die z. B. in erheblichen Mengen in das benachbarte Grundstück eindringen, nach § 903 nicht vorgehen dürfen, was m. E. nicht anzunehmen ist.

Flüssigkeiten[20])[21]), die nicht in der Luft „suspendiert" sind, fallen richtiger Meinung nach nicht unter den § 906[22], sondern hier kann der Eigentümer auf Grund der §§ 903, 1004 einschreiten. Wenn aber trotzdem der Eigentümer auf Grund sonderrechtlicher Bestimmungen diese Einwirkungen dulden muß[23]), dann spricht ihm das Reichsgericht einen allgemeinen, aus den Sondervorschriften gefolgerten Schadensersatzanspruch zu[24]).

Nach einmütiger Ansicht fallen nicht die sogen. „ideellen Einwirkungen" unter den § 906. Eine nur ideelle Einwirkung ist nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[25]) die Einwirkung durch den Betrieb eines mit Feuer- und Explosionsgefahr verbundenen Gewerbes oder die Einwirkung durch ein Bordell, in dem das Schamgefühl verletzende Handlungen vorgenommen werden, die vom Nachbargrundstücke gesehen werden können.

Ferner sind nicht nach § 906 die Einwirkungen nur negativer Natur zu beurteilen, so z. B. nicht die Entziehung der Aussicht durch Aufführung von Bauten auf dem Nachbargrundstücke[26]).

Der § 906 verlangt die Zuführung von Immissionen. Diese Zuführung fordert ein eigenes Verhalten auf dem Grundstück, von dem die Einwirkungen ausgehen. Ein Verschulden ist keine Voraussetzung. Es genügt dafür,

---

20) Die Motive im Bd. III S. 265 verneinen gleichfalls bei Flüssigkeiten Immissionseigenschaft; nehmen sie aber bei festen Körpern an, die eine geringe Ausdehnung haben.

21) Dagegen ist nach Enneccerus, Bd. III S. 150, die Zuführung von Flüssigkeiten stets Immission.

22) Z. B. RGE. in Warn. 1913 Nr. 15 zitiert im RGR. Komm. Bd. II zu § 906.

23) Solche Sondervorschriften sind z. B. §§ 904 BGB. u. 26 GO.

24) Vgl. Hörig § 3.

25) RGE. Bd. 50 S. 227 und Bd. 57 S. 239.

26) RGE. Bd. 51, S. 253; RG. in J.W. 08, S. 142; Mittelstein, S. 543 Note 18.

die Tatsache, daß der Einwirkende es unterlassen hat, die Entstehung und Verbreitung der Immission zu hindern.

Nicht gerade bewußt braucht der Immittent die Immission auf das von ihr betroffene Grundstück gelenkt oder hingeleitet zu haben. So kann es z. B. der Fall sein, daß der Besitzer einer chemischen Fabrik für die Einwirkungen der Gase auf einen viele Kilometer entfernten Eichenwald nach § 906 einzustehen hat. Ein ähnliches Beispiel führt Dernburg an[27]).

Wenn der Immittent aber durch eine besondere Leitung die Immissionen dem betroffenen Grundstücke zuführt, dann sind solche Immissionen nach dem letzten Absatze des § 906 schlechthin unzulässig. Hierbei braucht also nicht die Frage nach der Übermäßigkeit und Ortsüblichkeit aufgeworfen werden.

Die Immission muß stets von einem Grundstücke ausgehen und einem anderen zugeführt werden. Keine Anwendung findet deshalb der § 906, wenn z. B. ein Gewerbebetrieb auf einem Grundstücke einen den Nachbarn störenden Straßenverkehr in Gefolge hat, weil hier der Lärm von der Straße, nicht von dem einen Grundstücke ausgeht[28]) [29]).

Nach § 906 ist jedoch nicht erforderlich, daß die Grundstücke unmittelbar aneinander grenzen[30]). Deshalb ist der Begriff „nachbarliche Immission" nicht immer zu eng auszulegen[31]). Er kann einmal im engeren Sinne in Betracht kommen, — wie unten ausgeführt wird — sogar auf Teile eines und desselben Grundstücks, dann aber auch in weiterem Sinne auf nicht unmittelbar aneinander grenzende Grundstücke.

---

27) Bd. III S. 273 Nr. 5.

28) RGE. 57, S. 240.

29) Biermann, Erl. 16 zu § 906.

30) Meisner, S. 96; Goldmann-Lilienthal II § 10 Anm. 30; Staudinger, Erl. I 2 zu § 906; deshalb zählen die beiden letzteren Autoren den § 906 nicht zu den nachbarrechtlichen.

31) So die Motive Bd. 3, S. 281; Maenner, S. 119; Dernburg, Sachenrecht, S. 230.

Eine dauernde Einwirkung wird nach § 906 nicht gefordert. Anderer Ansicht ist Endemann[32]).

Der Eigentümer kann aber die Zuführung von Immissionen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch ortsübliche Benutzung des Grundstücks herbeigeführt wird. Im letzteren Falle darf die Immission sogar wesentlich sein und kann doch nicht verboten werden, weil sie der Ortsüblichkeit entspricht.

Wann die Einwirkung die Benutzung eines anderen Grundstücks beeinträchtigt oder nicht, ist Tatfrage und muß von Fall zu Fall entschieden werden. Hier kann man z. B. die einmalige, vorübergehende Beeinträchtigung nicht als wesentlich ansehen, dagegen aber solche, die regelmäßig oder wenigstens häufiger wiederkehern. Dagegen braucht die Einwirkung nicht ununterbrochen anzudauern[33]).

Was als wesentliche Beeinträchtigung anzusehen ist, soll — wie das Reichsgericht[34]) ausgeführt hat — durch das Empfinden des normalen Durchschnittsmenschen festgestellt werden, nicht sollen z. B. die Empfindungen besonders nervöser oder kranker Menschen Berücksichtigung finden können.

Wenn z. B. mehrere Nachbarn unabhängig voneinander durch Immissionen auf ein anderes Grundstück einwirken und erst durch das Zusammenwirken aller Immissionen eine wesentliche Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks herbeigeführt wird, dann ist die Beeinträchtigung demnach als durch jede einzelne Immission herbeigeführt zu bezeichnen. Denn es ist jede Einwirkung kausal für den durch alle herbeigeführten Erfolg[35]). Die Ortsüblichkeit richtet sich nach den örtlichen Verhältnissen der Lage des Grundstücks. Immer ist die besondere Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, so ist z. B.

---

32) Anm. 38 zu § 906.
33) Planck, Bem. 3c zu § 906.
34) Bd. 57, S. 224 und Bd. 70, S. 313.
35) Vgl. RGE. Bd. 21, S. 300.

Ortsüblichkeit in einem Badeorte oder in einem Dorfe eine andere als die in einer Großstadt mit vielen Fabriken; innerhalb derselben Stadt hinwiederum kann die Ortsüblichkeit verschieden sein, so z. B. in den außerhalb liegenden Villenvierteln eine andere als im Verkehrszentrum der Stadt sein.

Hinzu kommt, daß noch die besondere Benutzungsart des beeinträchtigten Grundstücks zu berücksichtigen ist, so z. B. wenn es sich um die Benutzung des bebauten Grundstücks als Kirche, Schule oder Krankenhaus handelt[36]).

Gegen die nach § 906 zulässigen Immissionen hat der Eigentümer zwar nicht das Verbietungsrecht, aber das Selbsthilferecht bleibt ihm trotzdem unbenommen. Er kann sich z. B. gegen das Eindringen von Rauch oder Ruß, das er nach § 906 zu dulden verpflichtet ist, dadurch schützen, daß er eine Schutzwand errichten läßt. Umgekehrt aber ist der Eigentümer gegenüber den nach § 906 unzulässigen Einwirkungen zum Selbstschutz nicht verpflichtet[37]).

Der Begriff der nachbarlichen Immissionen wird nun in den folgenden Abschnitten dauernd wiederkehren, so daß ein längeres Verweilen bei der Begriffserklärung nötig war.

Im nächsten Abschnitt soll zunächst die obligatorische Bindung von Mieter und Vermieter, der Mietvertrag, daraufhin geprüft werden, ob und in welchem Maße sich hieraus für den Mieter ein Schutz gegen Immissionen ergibt.

---

36) So Biermann, Erl. 2a zu § 906; Meisner, (Nachbarrecht) S. 99; Wolf, § 53 II; a. M. Turnau-Förster I, S. 269.

Mit Recht behauptet aber Biermann, daß es auf den Charakter und die Eigenart des beeinträchtigten Grundstücks ankomme. Immissionen, die z. B. für Wohnhäuser erträglich sind, können für Krankenhäuser, Kirchen u. a. nicht mehr erträglich sein und eine wesentliche Beeinträchtigung der Benutzung darstellen.

37) Siehe J.W. 1912, 589; 1913, 491.

Erster Abschnitt.

II. Der Schutz des Mieters aus obligatorischen Rechtsbeziehungen gegen den Vermieter.

1. Der Erfüllungsanspruch.

Der Erfüllungsanspruch des Mieters gegen den Vermieter, wenn ersterer durch nachbarliche Immissionen, z. B. durch Lärm aus der nebenan liegenden Mietwohnung eines anderen Mieters gestört wird, ergibt sich nicht unmittelbar aus den vom Gesetzgeber festgesetzten Spezialnormen über die Miete, aus den §§ 535 ff. Trotz dieser Tatsache ist es nicht erfindlich, weshalb dem Mieter dieser Anspruch nicht gegeben sein soll, wenn er für seinen Teil dem Vertrage gemäß seine Verpflichtungen erfüllt, der Vermieter als „Vertragsbrüchiger" aber nicht. Daß dem Mieter der Erfüllungsanspruch zustehen muß[1]), ist im Wege des Analogieschlusses anzunehmen, weil neben den Rechten des Mieters aus den §§ 536 ff. der allgemeine Rechtsgrundsatz Gültigkeit hat, daß der Mieter Erfüllung des Vertrages verlangen kann, wenn der Vermieter dem Vertrage entgegenhandelt. „Pacta sunt servanda" gilt auch für den Vermieter beim Mietvertrage.

Die Motive[2]) nehmen in gleicher Weise an, daß der Mieter den Erfüllungsanspruch hat; neben den Rechten aus den §§ 537, 538 mit 541 und den Rechten aus den §§ 542, 544 soll der Mieter auch das Recht auf Erfüllung haben[3]).

---

1) Loewe, S. 59 u. a. nehmen das ohne weiteres an!

2) Bd. II, S. 373.

3) Dieser Ansicht sind u. a. auch Staudinger, Bem. A2a zu § 536 und Planck zu § 536, S. 809.

In welchem Verhältnisse steht nun dieser allgemeine Erfüllungsanspruch zu den Rechten des Mieters aus den §§ 531, 1 und 536? Nach Maßgabe dieser Vorschriften geht nämlich die Hauptverpflichtung des Vermieters dahin, dem Mieter die vermietete Sache in einem zum vertragsmäßigen Verbrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie in einem solchen Zustande auch während der ganzen Mietszeit zu erhalten. Diese §§ und die über die Gewährleistungspflicht sind aber hier nur insoweit zu berücksichtigen, als sie Aufschlüsse über die Frage geben, wie der Mieter gegen nachbarliche Immissionen geschützt ist.

Aus diesem Grunde ist der § 536 daraufhin zu prüfen, ob er einen Anspruch auf Beseitigung der den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache störenden Einwirkungen dem Mieter gibt.

Man kann schon die Behauptung aufstellen, daß das auf jeden Fall nicht als Erfüllung des Vermieters anzusehen ist, wenn der Mieter durch Einwirkungen Dritter, die außerhalb der schuldrechtlichen Bindung durch den Mietvertrag stehen, im ruhigen Gebrauche der Mietsache gestört wird oder wenn die Einwirkungen so erheblich sind, daß der Mieter keinen Gebrauch von der Mietsache machen kann. Doch gerade das letztere, nämlich die Entziehung der Mietsache, wird selten zutreffen, und gilt auch hier nur dann, wenn die Immissionen den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietssache beeinträchtigt.

Die Frage ist nun, wann liegt eine solche Beeinträchtigung vor. Aus den Vorschriften des BGB. ist nicht ersichtlich ‚wann eine Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauchs vorhanden ist. Deshalb ist zunächst zu prüfen, was unter „vertragsmäßiger Gebrauch“ zu verstehen ist. Darüber, was vertragsmäßiger Gebrauch ist und sein soll, sind die bei Abschluß des Mietvertrages getroffenen Vereinbarungen von Vermieter und Mieter maßgebend. Die Vertragschließenden können, da bei der Miete wie im Schuldrechte überhaupt nur wenige zwingende Rechtsvorschriften eingreifen, nach Belieben den Umfang der vertragsmäßigen Gebrauchsrechte vergrö-

ßern[4]) oder auch enger gestalten[5]). Für das, was als vertragsmäßige Gebrauchsrechte in Frage kommt, wird noch häufig die sogen. Hausordnung[6]) zu berücksichtigen sein, weil diese in der Hauptsache Pflichten des Mieters enthält, mithin den vertragsmäßigen Gebrauch umgrenzt. Das gilt aber naturgemäß nur für eine rechtsgültig bestehende Hausordnung.

Sind aber vom Vermieter und Mieter über den vertraglichen Gebrauch keine Bestimmungen getroffen, dann wird man einen solchen Gebrauch als eingeräumt anzusehen haben, der dem durchschnittlichen Gebrauch bei gemieteten Sachen dieser Art und den örtlichen Verhältnissen entspricht. Wenn Mieträume an verschiedene Personen vermietet werden, dann wird der Vermieter, der einem Mieter einen bestimmten Gebrauch zu gewähren hat, vertragswidrig handeln, wenn er anderen Mietern einen Gebrauch gestattet, der den vertragsmäßigen Gebrauch des ersten Mieters beeinträchtigt. Das ist z. B. der Fall, wenn der Eigentümer eines vornehmen, ruhigen Etagenhauses eine Musikschule aufnimmt oder eine Erdgeschoßwohnung in ein Bierrestaurant umwandelt.

Beachtlich ist, daß man gerade auf Mietverhältnisse die allgemeinen Grundsätze über Treu und Glauben §§ 157, 242) anzuwenden hat[7]).

Wenn nun bei dem Abschlusse des Mietvertrags der Vermieter dem Mieter eine Eigenschaft zusichert, z. B. die völlig ruhige Lage der Mietwohnung, dann ist es ersichtlich, daß die Wohnung auch dieser Zusicherung gemäß beschaffen sein muß. Aber es ist nicht ohne weiteres offen liegend, ob in der Zusicherung der völlig ruhigen Lage auch die Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 119, Abs. 2 liegt.

---

4) Z. B. die Mieträume dürfen zu Betrieben jeglicher Art gebraucht und dazu umgeändert werden.

5) Z. B. Vermietung eines Zimmers zur Abhaltung von Sprechstunden.

6) Über die rechtliche Bedeutung vgl. bei Mittelstein, S. 61 und Fuld, S. 54.

7) So Planck, Bem. d zu § 535, S. 808.

Das ist in Anlehnung an eine Entscheidung des Reichsgerichts[8]) zu bejahen. Das Reichsgericht sagt dort: „Unter Eigenschaften einer Person oder Sache im Sinne des § 119, Abs. 2 BGB. und einer Sache im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB., sind nicht nur die natürlichen, der Person oder Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse derselben zu verstehen, welche in ihren Beziehungen zu anderen Personen und Sachen wurzeln und zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzter Dauer nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache in allen oder doch in gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen. So sind für Eigenschaften einer Person in diesem Sinne der Vermögensbesitz eines Bräutigams, die Zahlungsfähigkeit eines Käufers, einer Sache die Bebaubarkeit eines Grundstückes, dessen gewerbliche Verwendbarkeit, die Steuerverhältnisse eines Hauses und in vielen Fällen die Miete oder sonstigen Erträgnisse eines Grundstücks erklärt worden .Mag auch der Wert einer Kaufsache sich als keine Eigenschaft im ädilizischen Sinne darstellen, so sind doch jedenfalls die den Wert bildenden Faktoren in diesem Sinne Eigenschaften". Aus dieser zitierten Entscheidung geht klar hervor, daß unter Eigenschaften einer Person oder Sache nicht nur die natürlichen Eigenschaften, sondern auch alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu verstehen sind, die vermöge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzter Dauer eine Einwirkung auf die Wertschätzung bilden. In dieser Entscheidung hat das Reichsgericht z. B. die Brauchbarkeit eines Grundstücks als Eigenschaft einer Sache angesehen. Deshalb kommt man zur Bejahung der Frage, ob in der Zusicherung der Freiheit von Immissionen die Zusicherung einer Eigenschaft zu erblicken ist. Wenn daher trotz Zusicherung der Freiheit von Immissionen die Mietsache Einwirkungen ausgesetzt ist, wird daraus eine Haftung[9])

---

8) RGE. Bd. 61, S. 86.

9) Der Mieter kann in solchen Fällen klagend beanspruchen, daß versprochene Eigenschaften der Mietsache hergestellt werden.

des Vermieters für diesen Mangel anzunehmen sein, weil der durch das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft bedingte Zustand als der vertragsmäßige Gebrauchsmaßstab anzusehen ist[10]).

Auf Grund der Zusicherung einer Eigenschaft wird auch nach allgemeinen Grundsätzen dem Mieter ein Anspruch auf Erfüllung zu geben sein. Die Erfüllung besteht eben in der Herstellung der Eigenschaft[11]). In den Fällen der Zusicherung ist aber darauf zu achten, daß nicht jede Äußerung des Vermieters beim Abschlusse des Mietvertrages bezüglich der Freiheit von Immissionen als Zusicherung einer Eigenschaft aufgefaßt werden kann. Hier ist Vorsicht nötig. Denn damit der Mieter sich auf eine solche Zusicherung berufen kann, wird man verlangen müssen, daß der Vermieter auf Anfordern des Mieters diese bindende Willenserklärung abgegeben hat. Erwähnt der Vermieter im Laufe der Vertragsverhandlungen nur beiläufig die Verhältnisse der Wohnung in bezug auf Ruhe oder Freiheit von sonstigen Immissionen, dann wird man zwar eine Art von Zusicherung darin erblicken können; diese Zusicherung wird sich aber nur auf das Fehlen nicht besonders großer Immissionen erstrecken. Z. B. kommt es häufig bei dem Abschlusse von Mietverträgen vor, daß der Vermieter ganz nebenläufig äußert, daß Mieter ungestört wohnen können. Dann ist — wie oben ausgeführt — hierin die Zusicherung besonders großer Ruhe nicht zu erblicken. Wenn aber z. B. Lärm oder eine sonstige Immission besonders erheblich wird, dann wird natürlich der Mieter gegen den Vermieter vorgehen können, obwohl ihm der Vermieter eine besonders ruhige Wohnung nicht zugesichert hat.

Es kann nun der Fall eintreten, daß der Vermieter dem Mieter Zusicherungen in bindender Weise macht, obwohl

---

10) Obige Meinung u. a. bei Planck zu § 537, 4; Staudinger zu § 536 A 2a; Cosack, § 135 II 5a; ferner bei Enneccerus II 2 § 350; Oertmann zu § 536, 2; Niendorff, S. 125; Brückner, S. 61; auch Prot. II 2, S. 132 zitiert bei Planck.

11) Übereinstimmend Planck Bem. 4 zu § 537 und Staudinger Erl. II 26 E zu § 537. Abweichend Windscheid-Kipp, der es für zweifelhaft hält.

er weiß, daß ihre tatsächliche und rechtliche Natur entgegengesetzte Voraussetzungen hat. Z. B. Vermieter sichert dem Mieter bindend zu, daß die Mietwohnung frei von Lärm und Rauch einer benachbarten Fabrik ist, die gerade zur Zeit des Vertragsabschlusses still liegt. In diesen Fällen wird man dem Mieter auch das Anfechtungsrecht aus § 123 zubilligen müssen. Denn für den Mieter erscheint es billig, in solchen Fällen den Vertrag lösen zu können, weil das Vorhandensein jener in Wirklichkeit nicht vorhandenen Zusicherung für den Mieter so bestimmend war, daß er bei Wegfall oder Nichtvorhandensein dieser Voraussetzung an einer Mietwohnung solcher Art kein Interesse hat. Das Anfechtungsrecht nach Maßgabe des § 123 steht dem Mieter nach seiner Wahl neben den aus dem Mietvertrage sich ergebenden[12]) Rechten zu.

Wenn umgekehrt der Mieter das Vorhanendsein von Immissionen kannte und bei Abschluß des Mietvertrages ohne Vorbehalt hinnahm, dann wird ihm der Erfüllungsanspruch nicht genommen sein, weil er, wenn er auch das Vorhandensein von Immissionen seitens der Nachbargrundstücke kennt, so doch in den meisten Fällen über den Umfang der Störungen eine klare Vorstellung nicht hat. Wenn dann die Immission das im § 906 festgesetzte Maß überschreitet, wird er trotz vorgängiger, allgemeiner Kenntnis vom Vorhandensein von Immissionen gegen eine derart erhebliche Immission vorgehen können, weil der Anspruch auf Erfüllung durch den vorbehaltlosen Abschluß des Mietvertrages bestehen bleibt. Stellt sich aber bei der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien heraus, daß der Mieter das Vorhandensein von Immissionen nach Art und Umfang kannte und sich mit der Miete einer Wohnung in dieser Beschaffenheit einverstanden erklärt hat, wird man darin einen Verzicht des Mieters auf Beseitigung solcher Immissionen erblicken können.

Für den Erfüllungsanspruch kommt es nicht darauf an,

12) RGE. in Jur. Woch. 1903, Beil. Nr. 209; Niendorff, S. 81; Staudinger Erl. I 3 zu § 537; Planck im Bd. II, 2 Bem. 2, S. 801. Obige Ausführungen gelten aber nur für vertragsmäßig begründete Mietsverhältnisse, nicht bei Zwangsmietverträgen.

daß der Vermieter schuldhaft den vertragsmäßigen Gebrauch nicht gewährt, wenn der Mieter durch nachbarliche Immissionen gestört wird. Auch wenn kein Verschulden vorliegt, kann kein Mieter vom Vermieter verlangen, daß er seine mietvertragliche Leistung erfülle, d. h. daß er die durch Immissionen hervorgerufenen Gebrauchsbeeinträchtigung beseitige. Stört nicht der Vermieter selbst, sondern ein Dritter, dann ist der Vermieter dem Mieter gegenüber verpflichtet, gegen den Dritten vorzugehen. Vermieter darf hier nicht den Mieter auf eigene Rechtsbehelfe verweisen, wie z. B. auf die aus seinem Mietbesitze[13]), sondern muß selbst gegen den störenden Dritten im Wege der Klage vorgehen[14]) und zwar wählt der Vermieter dafür am besten die Klage aus den §§ 906 mit 1004 oder aber, — falls Beseitigung der Immissionen auf diesem Wege überhaupt möglich —, der Vermieter kann durch Vorrichtungen, z. B. durch Errichtung einer Schutzwand oder einer Schalldämpferanlage, die Immissionen auf ein zulässiges Maß herabführen. Letzteres ist naturgemäß dann ausgeschlossen, wenn völlige Freiheit von bestimmten Immissionen zugesichert ist. Die Erhebung der Abwehrklage durch den Vermieter zugunsten des Mieters wird aber im letzten Falle keinen genügenden Schutz für den Mieter erreichen können, weil durch die actio negatoria nur eine nach § 906 unzulässige Immissionen abgewehrt wird; sie dringt demnach dann nicht durch, wenn Immissionen zwar vorhanden, aber nicht in einem solchen erheblichen Grade aufgetreten sind, daß dagegen der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks einschreiten könne. Z. B. die Immissionen sind ortsüblich oder sie beeinträchtigen das benachbarte Grundstück nicht wesentlich. Dann ergibt sich die Rechtslage, daß der Vermieter seine Verpflichtung aus der Zusicherung der völligen Freiheit von Imissionen nicht erfüllen kann, und es finden jetzt die allgemeinen

13) Oertmann, Bem. 1 zu § 535.

14) So Planck im Bd. II_2 Nr. 5, S. 805: Planck behauptet aber mit Unrecht, daß die nach § 906 zulässigen Einwirkungen auch der Mieter zu delden hat. Vertraglich kann Vermieter ohne weiteres eine weitergehende Verpflichtung übernehmen.

Grundsätze bei Nichtleistung bezw. mangelhafter Leistung Anwendung. In diesem Falle bemerken wir einen wesentlichen Unterschied des zulässigen Grades der Einwirkungen nach Immissions- und nach Mietrecht. Nach Immissionsrecht gibt es kein Verbot der nicht „exzessiven" Immission (abgesehen von der Zuführung durch eine Leitung!), wohl aber nach Mietrecht, wenn Vermieter die Zusicherung der Freiheit von Immissionen gegeben hatte. Der Unterschied erklärt sich daraus: im ersten Falle haben wir es mit sachenrechtliche Beziehungen zu tun — Vermieter auf Grund seines Eigentums gegen störende Dritte — und im letzten mit schuldrechtlichen Wirkungen, Vermieter und Mieter durch den Mietvertrag.

Der Erfüllungsanspruch nach § 536 ist dem Mieter ohne Verzug des Vermieters[15]) gegeben. Nur Borchardt[16]) verlangt für die Geltendmachung des Erfüllungsanspruches die „Inverzugsetzung" des Vermieters. Das ist nicht erforderlich. Denn aus dem § 536 geht es nicht hervor, daß erst Verzugsetzung der Erfüllungsklage Erfolg gibt. Zudem ist es unerfindlich, im § 536 eine Ausnahme von der Regel erblicken zu wollen, daß bei Fälligkeit des Anspruchs dessen Erfüllung sofort gegeben ist. Auch der § 545 gibt der Borchardt'schen Ansicht keine Stütze. Denn die im § 545 erforderliche Anzeige eines sich im Laufe der Mietzeit zeigenden Mangels ist der Verzugsetzung nicht gleichzustellen; ferner geht aus § 545 Abs. 2 hervor, daß bei Unterlassung der Anzeige in keiner Weise das Recht auf Erfüllung nach § 536 eine Schmälerung erleidet, sondern nur die Rechte aus den §§ 537 ff. in Betracht kommen. Wie bereits oben erwähnt worden ist, dringt die actio negatoria gegen nach § 906 nicht erhebliche Imissionen nicht durch. Daraus haben einige in der Literatur[17]) den Satz abgeleitet, daß der Mieter zur

---

15) Staudinger und Planck u. a. gehen darüber ohne Erwähnung weg.

16) Borchardt, S. 45.

17) Planck Bem. 5 zu § 535; Fuld, Mietrecht, S. 78; Oertmann zu § 535; Staudinger, Bem. II 3d S. 415 gibt aber zu,

Duldung der Immissionen, die sich Vermieter nach § 906 gefallen lassen müsse, gleichfalls verpflichtet sei ohne Rücksicht darauf, ob obige Immissionen bereits bei Abschluß des Mietvertrages vorhanden oder später erst entstanden sind. Dieser Auffassung kann man aber nicht beitreten. Schon mit Rücksicht auf die beiden im BGB. scharf unterschiedenen Rechtsbeziehungen (Immissions- und Mietrecht) ergibt sich ein Unterschied. Und zwar ist es ein Unterschied, der zu Recht besteht. Denn nach der weitergehenden Haftung des Mietrechts hat der Vermieter die bindende Zusicherung des Nichtvorhandenseins von Immissionen gegeben, und deshalb haftet er daraus[18]). In den weitaus meisten solcher Fälle wird eine nur subjektive Unmöglichkeit der Leistung, nämlich der Einräumung des Gebrauches der Zusicherung gemäß, vorliegen. Und subjektive Unmöglichkeit der Leistung hat der Vermieter als Schuldner nach den allgemeinen Regeln zu vertreten (§§ 279, 306). Auch in den selteneren Fällen, in denen die Beseitigung der Immission objektiv unmöglich ist, muß unterschieden werden, ob diese objektive Unmöglichkeit der Leistung bereits beim Abschlusse des Mietvertrages vorhanden oder später erst entstanden war. In den Fällen, wo dem Vermieter die Beseitigung der Immission subjektiv unmöglich ist, kann der Mieter an Stelle der Ansprüche aus der Unmöglichkeit der Leistung nach den §§ 275, 323 die ihm nach den §§ 537 ff. zustehenden Mängelrechte geltend machen. Das ist die in der Literatur vertretene Anschauung[19]). Nach der entgegengesetzten Ansicht von Niendorff[20]) ist das Verhältnis der Bestimmungen der §§ 537 ff. zu den allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung

---

daßwenn Immissionen eine Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauchs herbeiführen, Vermieter sich nicht darauf berufen kann, daß er nichts ändern könne.

18) Obige Ansicht wird vertreten durch Mittelstein, § 108 u. RGE. im J.W. 1901 S. 230.

19) Mittelstein, § 29; Schöller, S. 263; Oertmann, Bem. 3 zu § 535.

20) S. 103; mit Niendorff a. M. auch Mot. II S. 375 und Tumpowsky S. 30 ff.

das der Spezialität, daß also, soweit die Spezialvorschriften der Miete angewendet werden können, für die allgemeinen Rechtsvorschriften über Unmöglichkeit der Leistung kein Platz ist. Es ist aber nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber bei Vorliegen von Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters, nämlich den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren, dem Mieter die Rechte aus der Unmöglichkeit genommen haben soll. Durch Immissionen wird m. E. in den allermeisten Fällen nur eine teilweise Unmöglichkeit hervorgerufen, denn es ist kaum ein Fall denkbar, daß durch Immissionen dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch gänzlich entzogen wird. Immissionen beeinträchtigen nur in der Regel den Vertragsmäßigen Gebrauch durch ihre Einwirkungen; sie ergreifen aber die Mietsache nicht derart, daß der Mieter von ihr überhaupt keinen Gebrauch machen kann. Das liegt im Wesen der Immissionswirkungen.

Bei teilweiser Unmöglichkeit hat der Mieter nach § 323 ein Minderungsrecht seiner Leistung, des Mietzinses; dasselbe Recht hat er aber auch nach dem § 537. In praktischer Hinsicht besteht für den Mieter kein Unterschied; er wird sich am besten auf die mietrechtliche Vorschrift des § 537 berufen, weil er hiermit leichter zum Ziele kommt.

Es ist zu beachten, daß nicht jeder Mangel die Unmöglichkeit der Leistung im Gefolge hat[21]). Soll der Mangel eine solche Wirkung haben, dann muß der Mangel so erheblich sein, daß er die mangelhafte Sache zu einer anderen Sache umgestaltet als sie es in mangelfreiem Zustande sein würde. Das trifft bei Immissionen nicht immer zu; es kommt darauf an, daß der Vermieter nicht leisten kann, nicht wie beim Mangel, daß er nicht leisten will[22]). Am Schlusse dieses Teiles des ersten Abschnittes ist noch nachzutragen, daß auch nach dem augenblicklich geltenden Wohnungsnotrecht der Zwangsmieter in gleicher Weise den Erfüllungsanspruch hat wie

21) Anderer Ansicht Tumpowsky, S. 31.

22) Vgl. Oertmann, Vorbem. zu § 535, 4.

der einen Mietvertrag abschließende Mieter. Denn der § 536 gilt auch für die Zwangsmiete[23]).

2. Das Recht des Mieters auf Gewährleistung.

Als Rechte des Mieters bei Gewährleistung bei Beeinträchtigung durch Immissionen kommen die §§ 537 und 538 in Betracht. Diese beiden Paragraphen werden für die unten folgende Prüfung der Frage, ob Mieter Gewährleistungsrechte gegen Immissionen hat, die Grundlage bilden. Alles das, was bei der Erfüllung der im vorigen Teile behandelten Verpflichtung des Vermieters fehlt, stellt sich als ein Mangel dar ‚für den der Vermieter haften muß; nach § 537 kann Mieter Befreiung bezw. Minderung des Mietzinses und nach § 538 unter den dort gegebenen Voraussetzungen Schadensersatz verlangen.

Da das BGB. beim Kaufe sowohl wie bei der Miete Sach- und Rechtsmängel[1]) unterscheidet, fragt sich hier, unter welche Kategorie die Beeinträchtigung durch Immissionen zu zählen ist. Fällt sie unter Sachmängel und sind dann darauf die für sie geltenden Vorschriften anzuwenden? Das ist ohne weiteres nicht zu beantworten, weil der § 537 von Sachmängeln als Fehlern dann spricht, wenn der Fehler die Tauglichkeit der mit dem Fehler „behafteten“ Sache aufhebt oder mindert. Aus dem Wortlaute des Gesetzes kann man leicht zu der Auffassung kommen, daß als Fehler nur die körperlich der Mietsache anhaftenden Mängel anzusehen sind, die in der Mietsache selbst enthalten sind. In der Literatur[2]) wird aber die Ansicht vertreten, daß auch nicht körperlich der Mietanhaftende Fehler als Mängel im Sinne des § 537 anzusehen sind: nämlich auch gewisse Erscheinungen und tatsächlichen Verhältnisse, durch die die Mietsache nur mittelbar betroffen wird und zwar über die Person des Mieters; sie müssen aber den durch den Mietvertrag be-

23) Vgl. hierüber Kiefersauer, Grundstücksmiete Bd. I, S. 236.

1) Nach dem Wortlaut der §§ 537, 541.

2) Staudinger, Bem. II_2 zu § 537; Oertmann, Bem. I zu § 537; Mittelstein, § 33, S. 216. A.M. Tumpowsky, S. 9.

absichtigten Gebrauch des Mieters beeinträchtigen. Ist das der Fall, dann kann man auch in solchen Fällen von Sachmängeln sprechen, weil diese nachteilig wirkenden Umstände zu einem Mangel der Mietsache werden, weil sie, solange sie andauern, den Gebrauch der Mietsache weniger aufheben als beeinträchtigen, da ihre Wirkungen zum mindesten auf einen Teil der Mietsache sich erstrecken. Deshalb wird man Immissionen als gewissermaßen mittelbar der Mietsache „anhaftende Erscheinungsformen" unter die Kategorie der Sachmängel im Sinne des § 537 einreihen können. Eine Subsumierung unter Rechtsmängel kann bei Immissionen nicht in Frage kommen, weil ein Rechtsmangel die Voraussetzung hat, daß dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten entweder ganz oder teilewise entzogen wird. Aber das trifft bei Immissionen in der Regel nicht zu, weil in den meisten Fällen die Beeinträchtigung durch Immission nicht auf Grund eines am beeinträchtigten Grundstück bestehenden Rechtes geschieht.

Somit haben wir gefunden, daß Immissionen als Sachmängel aufzufassen sind im Sinne des § 537[3]). Demnach müssen auch die Rechte des Mieters auf Mietzinsbefreiung und Minderung aus dem § 537 hergeleitet werden, nicht aus den §§ 535, 536 in Verbindung mit §§ 323 ff.[1]). Denn in der Regel wird dem Vermieter die Beseitigung der Immissionen nicht unmöglich sein, weil er auf Grund seines Eigentums nach den §§ 906, 1004 die Immissionseinwirkungen beseitigen kann. In solchen Fällen hat der Mieter Gewährleistungsrechte.

Auch in den selteneren Fällen, wo Vermieter das gänzliche Nichtvorhandensein von Immissionen zugesichert hat oder es vertraglich vereinbart war, hat Mieter auch dann Gewährleistungsrechte gegen den Vermieter, wenn letz-

3) So Staudinger, Bem. II_2, S. 423; Oertmann, Vorbem. zu § 537, S. 545; Mittelstein, S. 216; dagegen Tumpowsky, S. 9 und 37, weil sie nur mittelbar anhaften, sie nicht unter § 537 einreihen will.

4) Anderer Ansicht Tumpowsky, a. a. O.

terer die Beseitigung von Immissionen vom störenden Dritten nicht verlangen kann, weil z. B. die Immissionen nicht exzessiver Natur sind. Aber im praktischen Leben wird obiger Fall relativ selten vorkommen. Gewöhnlich hat der Mieter gegen den Vermieter keine Gewährleistungsrechte, wenn die Immissionen nach § 906 zulässig sind.

Für die Anwendung des § 537 ist es unerheblich, daß die Beeinträchtigung durch Immissionen bereits zur Zeit der Überlassung der Mietsache bestand oder später in die Erscheinung getreten ist. Es genügt, daß sie irgendwann tatsächlich vorhanden sind, ohne Rücksicht darauf, daß ihre Wirkung sofort erkannt worden ist[5]); da es auf die Tauglichkeit des vertragsmäßigen Gebrauches ankommt[6]).

Letzteres, die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche der Mietsache, ist der Maßstab auch für den Umfang der Immissionen; grundsätzlich kommt es nicht darauf an, daß die Immissionsbeeinträchtigung erheblich ist oder nicht, wenn nur durch sie der vertragsmäßige Gebrauch beeinträchtigt wird. Naturgemäß wird aber der § 537nicht Anwendung finden können, wenn trotz vorhandener Immissionsbeeinträchtigung die Mietsache noch zum vertragsmäßigen Gebrauche tauglich bleibt. Wie Niendorff[7]) ausführt, kommt es hierbei nicht einmal darauf an, daß der Mieter die Mietsache nicht gebraucht haben würde, selbst wenn sie frei von Immissionen, also tauglich gewesen wäre.

Für die Anwendung des § 537 ist Verschulden des Vermieters nicht erforderlich. Hat die Immission die Tauglichkeit der Mietsache beeinträchtigt, dann kommt es nicht darauf an, daß Vermieter die Untauglichkeit verschuldet hat[8]). Über die Frage, was unter Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche zu verstehen ist, darf auf die Ausführungen im vorhergehenden

---

5) Vgl. Oertmann, Bem. 3 zu § 537 u. Mittelstein, S. 219.

6) Oertmann, a. a. O.

7) S. 114.

8) Planck zu § 537, 2; Staudinger zu § 537 II_1; Oertmann zu § 537, 5; Tumpowsky, S. 22; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46, 262; Brückner, S. 61 u. 176.

Teile zurückverwiesen werden. Nach dem Absatze 2 des § 537 ist als Fehler der Mietsache auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft anzusehen. Hinsichtlich der Immissionen kann es sich in praxi des öfteren um die Zusicherung der Freiheit von ihnen handeln: z. B. Vermieter sichert einem Mieter absolute Ruhe der Mietswohnung zu oder das Nichtvorhandensein von Rauch oder Ruß. Dann gilt der durch solche Eigenschaft bedingte Gebrauch als der vertragsmäßige[9]). Daß übrigens Immissionen Eigenschaften der Mietsache im Sinne des § 537 Abs. 2 sind, ist im vorhergehenden bereits gesagt worden. Hier kann nur noch ergänzend ausgeführt werden, daß — der Interpretation des § 459 Abs. 2 gemäß — unter Eigenschaften einer Sache, nicht nur die natürlichen, der Sache bleibend innewohnenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die zufolge ihrer Beschaffenheit und der vorausgesetzten Dauer nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache auszuüben pflegen[10]). Und zu den letzteren zählen Immissionen.

Zu beachten ist aber bei Auslegung von Mietverträgen, daß nicht jede Erklärung über Eigenschaften der Mietsache bereits als eine Zusicherung aufzufassen ist[11]).

Steht der Mieter mehreren Vermietern gegenüber, z. B. Mieter hat eine Wohnung von mehreren Miteigentümern gemietet und nur einer von ihnen hat obige Zusicherungen gemacht, der andere aber nicht, dann wird richtiger Meinung nach diese Zusicherung als nicht verbindlich anzusehen sein[12]), denn die Zusicherung des einen Vermieters kann ohne weiteres nicht auch als Zusicherung des anderen gelten, zumal die rechtliche Wirkung aus § 537 ihn treffen würde, obwohl er in dieser Hinsicht keinen Anlaß gegeben hat. Dagegen sprechen Staudinger[13])

9) Tumpowsky, S. 22.

10) RGE. v. 19. 9. 02 (J.W. Beil. 02, 270 Nr. 207); Gruchots Beitr. Bd. 47, S. 104.

11) Oertmann, S. 546 zu § 537.

12) Planck zu § 537, 4.

13) Zu § 537 Bem. II 3e.

und Dernburg[14]) dem Mieter die Rechte aus dem § 537 gegen alle Vermieter zu, auch wenn nur einer die Zusicherung gemacht hat. Aber diese Ansicht würde in ihrer Auswirkung für den die Zusicherung nicht machenden Vermieter unbillig sein, weil einerseits die Zusicherung der Mietsache eine über das Durchschnittsmaß hinausgehende Brauchbarkeit gibt, andererseits dieser Vermieter bei Fehlen dieser zugesicherten Eigenschaft ohne weiteres auch die Befugnisse des Mieters aus dem § 537 gegen sich wirken lassen müßte.

Sind die Tatbestandsmerkmale des § 537 erfüllt, dann ist der Mieter für die Zeit der Untauglichkeit der Mietsache von der Entrichtung des Mietzinses befreit, und wenn die Tauglichkeit nur gemindert ist, auch nur zu einem nach Maßgabe der §§ 472, 473 geminderten Mietzinse verpflichtet. Bei dieser Minderung kann nicht einfach der vertragliche Mietzins um den Betrag gemindert werden, der dem Verluste an Gebrauchsfähigkeit entspricht, sondern es muß nach § 472 Abs. 1 unter Ausscheidung der subjektiven Verhältnisse der Mietzins in demselben Verhältnisse gekürzt werden, in dem der angemessene Mietpreis für die gebrauchsfähige Mietsache zu dem angemessenen Mietpreise für die durch Immissionen untaugliche Mietsache steht. Ferner muß bei der Berechnung des geminderten Mietpreises der Grad der Untauglichkeit und die Zeitdauer der Imissionswirkungen in Betracht gezogen werden.

Der § 537 enthält nicht einen selbständigen Anspruch des Mieters gegen den Vermieter, sondern stellt die gänzliche bezw. teilweise Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses kraft Gesetzes dar. Deshalb kann es auch keine Verjährung des Minderungsrechtes geben[15]).

Wenn nun der Mieter klageweise sich auf den Tatbestand des § 537 beruft, ist es streitig, wie die Beweis-

14) § 217 Nr. 8.

15) Anders verhält es sich mit dem Minderungsrechte beim Kaufe. Hier steht dem Käufer ein selbständiger Anspruch zu, der als Anspruch im Sinne des § 194 der Verjährung unterliegt. Die Voraussetzungen der Verjährung des Anspruchs auf Minderung sind im § 477 enthalten.

last verteilt ist: ob Vermieter beweisen muß, daß er eine immissionsfreie Mietsache während der ganzen bisherigen Mietzeit gewährt habe, wenn er den ganzen Mietzins erhalten will, oder ob Mieter dafür Beweislast trägt, daß und in welchem Maße die Mietsache durch Immissionen nicht tauglich ist und in welchem Maße er deshalb von der Entrichtung des Mietzinses befreit sei. Da der Gesetzgeber die Befugnisse des Mieters aus § 537 in die Form einer Befreiung kraft Gesetzes gekleidet hat, muß es auch Sache des Mieters sein, daß er die erforderlichen Tatsachen behauptet und nötigenfalls auch beweist, weil nämlich die Tauglichkeit der vom Vermieter jedenfalls gewährten Sache zu dem vom Mieter zu machenden vertragsmäßigen Gebrauche in Frage steht[16]).

Hat nun der Mieter trotz Vorliegens eines Mangels den vollen Mietzins bereits entrichtet, dann kann er den nicht geschuldeten Betrag nach Maßgabe der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern (§§ 812 ff.)[17]).

3. Der Schadensersatzanspruch.

Für diesen Anspruch kommt der § 538 in Betracht. Während der § 537 auf Mietzinsbefreiung bezw. Minderung keine eigentliche Verpflichtung des Vermieters enthält, so doch der § 538. Während nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches Verschulden derjenigen, der haftbar gemacht werden soll, vorliegen muß, enthält die mietrechtliche Vorschrift des § 538 eine Abweichung von diesem Grundsatze. Der § 538 lautet:

„Ist ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art bei dem Abschluß des Vertrages vorhanden oder entsteht ein solcher Mangel später infolge eines Umstandes, den der

---

16) Ähnlich Planck zu § 537, 2; Enneccerus, § 350 Nr. 10; Oertmann zu § 537, 4 u. a. — A. M. Tumpowsky, S. 21.

17) Fuld, S. 68; Planck zu § 537, 2; Oertmann zu § 537, 4; auch Mot. Bd. 2, S. 376; Borchardt, S. 51 gibt den Minderungsbetrag zwar ohne Zinsen, aber unabhängig von den Vorschriften der §§ 812 ff.

Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter, statt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen". Soll demnach der § 538 Anwendung finden, dann muß es sich zunächst um einen Fehler im Sinne des § 537 handeln und das sind — wie oben ausgeführt — nachbarliche Immissionen.

Wenn die Beeinträchtigung durch Immissionen bereits bei Abschluß des Mietvertrages vorhanden war, dann haftet Vermieter, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, d. h. auch dann, wenn er keine Kenntnis vom Vorhandensein der beeinträchtigten Immissionen hatte. Das bedeutet für den Mieter eine sehr ungünstige Rechtsstellung, weil er haftbar gemacht wird für Umstände, die er nicht einmal kannte und die vom Mieter abzuwehren er deshalb nicht in der Lage war. Diese Rechtsvorschrift ist eine direkte Abkehr von dem sonstigen, allgemeinen Verschuldensprinzip im BGB., daß jemand nur für das haftbar gemacht wird, was er schuldhaft getan hat. Hierfür mußte der Gesetzgeber einen wichtigen Grund gehabt haben. Diesen Grund kann man in Anlehnung an die Motive[1]) darin finden, daß Vermieter durch den Abschluß des Mietvertrages eine Art von stillschweigender Garantie für die Benutzbarkeit der Mietwohnung haben. artige Beeinträchtigungen die Kündigung nicht recht-

Es kommt nicht darauf an, ob das Vorhandensein von Immissionen von dem Vermieter oder von irgend einem Dritten überhaupt erkannt werden konnte[2]). Oertmann[2]) sucht irrtümlich den Rechtsgrund für den § 538 darin, daß es eine Pflicht des Vermieters war, seine Mietsache zu kennen und auf ihren Zustand zu untersuchen. Dieser Ansicht kann man nicht folgen, weil obiger Garantievertrag zu unterstellen ist und ferner Vermieter selbst für Immissionen haftet, die er auch durch Untersuchung seiner Mietsache nicht erkannt haben würde.

---

1) Bd. II, S. 377; ebenso RGE. Bd. 52, S. 154.

2) So Staudinger zu § 538 II, 1; Tumpowsky, S. 43.

3) Zu § 538, 1a.

Im Gegensatz zu dem Mangel, der bereits bei Abschluß des Mietvertrages vorhanden war, steht der Mangel, der erst nach dem Abschlusse während der Mietzeit entsteht. Wenn die Beeinträchtigung durch Immissionen demnach während der Mietzeit entsteht, dann ist, will Mieter den Schadensersatzanspruch nach § 538, 1 geltend machen, ein besonderes Verschulden des Vermieters erforderlich. Z. B. Mieter ist Schriftsteller und muß binnen kurzer Frist eine Abhandlung fertigstellen. Er wird dauernd durch einen anderen Mieter gestört. Der Vermieter aber unterläßt trotz Aufforderung die Beseitigung der Störungen. Dann haftet Vermieter dem Mieter, wenn diesem dadurch ein Schaden entstanden ist.

Dieselbe Rechtslage ergibt sich nach § 538, 1, wenn der Vermieter mit der „Beseitigung eines Mangels" in Verzug kommt. Die Beseitigung eines Mangels — nachbarliche Immissionen! — kann der Mieter als Erfüllung verlangen. Beseitigt sie der Vermieter auf eine Mahnung des Vermieters hin nicht, dann gerät er in Verzug (nach § 284), es sei denn, daß Vermieter sich auf einen Umstand berufen kann, den er nicht zu vertreten hat.

Hier ist noch auf die von Tumpowsky[4]) vertretene Ansicht näher einzugehen. Tumposwky schließt aus dem Umstande, daß der § 538 von „Mängel der im § 537 bezeichneten Art", von „solchen Mängeln, die infolge eines Umstandes entstehen, den Vermieter zu vertreten hat" und endlich von „Mängeln" schlechthin spricht, daß von der letzten Kategorie jeder Mangel umfaßt werde, nicht nur Sachmängel. Er führt hierbei wörtlich aus: „Während also bei den beiden früher behandelten Kategorien des § 538 die Fälle, wo dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache durch den unberechtigten Eingriff eines Dritten oder durch einen anderen außerhalb der Sache liegenden Mangel ganz oder zum Teil entzogen wird, nicht mitgetroffen werden, sind unter diese dritte Gruppe auch diese Mängel zu subsumieren. Es handelt sich also in diesem dritten Fall des § 538 Abs. 1 nicht nur um Mängel im Rechte im Sinne des

4) S. 46.

§ 541, sondern auch um unberechtigte Eingriffe eines Dritten und um andere, außerhalb der Sache liegenden Mängel. Dieser dritte Fall des § 538, 1, Abs. 1 liegt also vor, wenn der Vermieter mit der Beseitigung einer der eben bezeichneten Mängel in Verzug geraten ist. Wann dies der Fall ist, ist aus den §§ 284, 285 zu entnehmen. Da, wie schon erwähnt, Tumpowsky die Immissionsauswirkungen nicht als Mängel im Sinne des § 537 auffaßt, sondern darauf die allgemeinen Vorschriften anwenden will, kommt er aber für die Anwendung des § 538 auf Immissionen dann zu dem Ergebnis, wenn es sich um den Verzug des Vermieters mit der Beseitigung der Immissionen handelt. Nur für diesen einen Fall reiht Tumpowsky Immissionen unter § 538 Abs. 2 ein, weil er unter diese Art „Mängel" auch die Beeinträchtigungen durch Immissionen versteht. Bei Störungen durch Immissionen, die bei Abschluß des Mietvertrags vorhanden oder bei solchen, die später infolge eines vom Vermieter zu vertretenden Umstands entstanden waren, soll nicht der § 538 Anwendung finden, sondern die allgemeinen Rechtsregeln. Diese Ansicht Tumpowsky wird aber in der Literatur mit Recht nicht anerkannt[5]). Eine solche Unterscheidung, wie Tumposwky sie macht, kann nicht haltbar sein. Entweder sieht man Immissionen als Fehler im Sinne von § 537 an und gibt dem Mieter bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 538 den Schadensersatzanspruch, oder aber Tumpowsky muß den Schadensersatzanspruch gleichfalls aus den allgemeinen Rechtsvorschriften herleiten. Ein Mittelding gibt es m. E. nicht. Was das Verhältnis der Rechte des Mieters aus den §§ 538, 541 zu den übrigen Rechten des Mieters anbelangt, so sagt schon der § 538, daß der Mieter „statt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern kann". Man kann durch den Wortlaut zu der Auffassung gedrängt werden, daß hier ein Wahlschuldverhältnis im Sinne der §§ 262 ff. vorliegt[6]). Letzteres wird in der Literatur mit

5) Planck zu § 538 Ia; Mittelstein, S. 232 § 35.
6) So Fränkel, S. 23; zweifelhaft bei Fuld, S. 69.

Recht abgelehnt[7]). Eher wird man eine facultas alternativa des Mieters annehmen können, be ider das Wahlrecht erst mit der Leistung untergeht. Deshalb kann z. B. der Mieter von der Schadensersatzforderung, solange Ersatz vom Vermieter nicht geleistet worden ist, abgehen und Minderung verlangen. Nicht aber kann umgekehrt der Mieter zunächst Minderung verlangen und dann zum Schadensersatze übergehen, weil seine Erklärung, das Recht aus § 537 auszuüben, ipso iure auch die Minderung der Mietforderung bewirkt[8]). Zu diesem Ergebnisse muß man kommen, so unbefriedigt es sich auch vielleicht in praxi auswirken wird. Denn sehr häufig wird in solchen Fällen der Mieter zunächst erklären, daß er Minderung verlange, um dann, wenn ein weiterer Schaden offenkundig wird, erst zur Schadensersatzforderung überzugehen. Eine solche Rechtslage geht aber aus dem Gesetze nicht hervor; vielmehr heißt es im § 538 ausdrücklich, daß der Mieter „statt die Rechte aus § 537 geltend zu machen", Schadensersatz fordern kann. Und deshalb muß man die alternative Natur anerkennen[9]). Niendorff[10]) behauptet, daß der Mieter beide Rechte nebeneinander habe und deshalb Minderung des Mietzinses und zudem noch Schadensersatz verlangen könne. Aber diese Ansicht ist als mit dem Wortlaute des § 538 unvereinbar abzulehnen.

Zum Schadensersatzrecht kann aber der Mieter noch in einem Falle kommen, der nicht den § 538 als Grundlage hat. Das ist folgender: Wenn durch Immissionen der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache teilweise aufgehoben wird, dann kann der Mieter — wie bereits angeführt —, die Rechte aus der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung geltend machen. Hat nun infolge dieser teilweisen Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters, dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren, die

7) Planck zu § 538, 1c; Niendorff, § 20; Oertmann zu § 538, 2.

8) Vgl. Oertmann, a. a. O. und Tumpowsky, a. a. O.;: Strauß, S. 67.

9) Anderer Meinung Niendorff, § 20 Nr. 22.

10) Niendorff, a. a. O.

nur teilwesie Erfüllung kein Interesse für den Mieter mehr, dann kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit unter Ablehnung des noch möglichen Teils der Leistung verlangen. Das folgt aus dem § 325 Abs. 1. Das Gleiche ist nach § 326 Abs. 2 zu folgern, wenn der Vermieter mit der Beseitigung der Immissionen im Verzuge ist und eine nachträgliche Erfüllung für den Mieter kein Interesse mehr hat. In den obigen Fällen genügt demnach nicht das Erfülltsein der Tatbestandsmerkmale des § 538.

Wenn der Mieter sich auf teilweise Unmöglichkeit beruft, muß er auch nach den §§ 325, 326 die durch Immissionen eingetretene teilweise Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters offen legen oder in dem Falle, wo Mieter mit der Beseitigung im Verzuge ist, die ergebnislose Fristsetzung darlegen und ferner noch muß sich aus seinen Ausführungen ergeben, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.

Was die Rechtsnatur des Schadensersatzanspruches aus § 538 anbelangt, ist zu sagen, daß es ein Anspruch im Sinne des BGB. nach § 194 ist, im Gegensatze zu dem § 537, der dieser Natur ermangelt und dafür die Befreiung des Mieters von der Mietzinsentrichtung kraft Gesetzes ist und ipso iure eintritt. Nach § 538 Abs. 2 hat der Mieter ein Recht auf Selbstbeseitigung und auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen, wenn der Mieter mit der Beseitigung der den vertragsmäßigen Gebrauch hindernden Immissionen im Verzuge ist.

Das Recht aus dem Absatze 2 hat der Mieter neben den Rechten aus dem Abs. 1 des § 538. Der Mieter wird in den Fällen von dem Abs. 2 Gebrauch machen, wenn es sich um nicht erhebliche Beeinträchtigungen durch Immissionen handelt, die einen zahlenmäßig schwer feststellbaren Schaden verursachen und ferner dann, wenn derfertigen.

Die Natur des Rechts aus dem § 538, 2 ist in der Literatur streitig. Einige[11]) vertreten die Ansicht, daß dieses

11) Crome in Jherings Jahrbüchern f. Dogm. Bd. 37, S. 45; Cosack, § 135, II, 56; Tumpowsky, S. 51—52.

Recht des Mieters gleichsam so zu verstehen wäre, als wenn der Mieter das dem vertragsmäßigen Gebrauche beeinträchtigende Recht dem Dritten abkaufe und den gezahlten Kaufpreis vom Vermieter ersetzt verlangen kann. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Mittelstein[12]), daß wegen des § 541 in Verbindung mit § 538, 2 der Mieter nicht berechtigt ist, das beeinträchtigte Recht dem Dritten abzukaufen, wohl könne er dem Dritten eine Art Entschädigung zahlen, damit er von der Ausübung seines den Mieter beeinträchtigenden Rechts abstehe.

M. E. ist die von Staudinger[13]) vertretene Ansicht die richtige. In Anlehnung daran kann der Mieter nicht schlechthin das Recht des Dritten abkaufen, sondern nur in solchen Fällen, die eine nicht allzu große Einbuße des Vermögens des Vermieters herbeiführen.

Das Recht des Mieters auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen fassen Staudinger[14]) und Oertmann[15]) als Geschäftsführung ohne Auftrag auf. Dem ist entgegenzutreten, weil nach § 677 Geschäftsführung ohne Auftrag dann nur vorliegt, wenn man kein Recht zur Vornahme solcher Geschäfte hat. Aber nach § 538 Abs. 2 hat der Gesetzgeber ausdrücklich den Mieter zur Vornahme der dort aufgeführten Geschäfte berechtigt.

Was die Berechnung des Schadensersatzes nach § 538 bei Beeinträchtigung durch Immissionen anbelangt, so gelten hierfür die allgemeinen Grundsätze der §§ 249ff.[16]).

Insbesondere kann auch der § 254 zu Ungunsten des Mieters Platz greifen, z. B. wenn Mieter es unterlassen hat, den durch Immissionen entstehenden Schaden zu Ungunsten des Vermieters zu vermindern oder ihn auf drohenden Schaden aufmerksam zu machen.

Wenn durch Immissionen einzelne Räume einer Mietwohnung unbewohnbar werden, dann braucht der Mieter, wenn er bestimmte Räume gemietet hatte, die Ersatzräume nicht als Erfüllung anzunehmen.

---

12) § 35, S. 241.

13) Zu § 541 II 2c; auch Sachs, S. 34.

14) Zu § 538 II Note 3.

15) Recht der Schuldverhältnisse zu § 538 Note 2.

16) Vgl. Staudinger zu § 538 IV und Tumpowsky, S. 50.

4. Das Kündigungsrecht wegen Nichterfüllung.

Bei den bisher behandelten Rechten des Mieters, die seinem Schutze gegen Immissionen dienen, ist die Grundlage der Mietvertrag. Aber nicht immer wird dem Mieter damit geholfen sein, durch den Mietvertrag weiterhin gebunden zu sein. Wenn Vermieter seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, dann muß dem Mieter die Möglichkeit gegeben werden, das auch ihn fesselnde obligatorische Band, das Mietsverhältnis, lösen zu können. Dafür bietet sich für den Mieter das Recht aus § 542, das ihm die Befugnis zur Kündigung gibt. Das gesetzgeberische Motiv war, durch diesen Paragraphen die Rechtslage des Mieters zu erleichtern. Deshalb hat er im § 542 Abs. 1 bestimmt: „Wird dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wiederentzogen, so kann der Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen. Die Kündigung ist erst zulässig, wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstands für den Mieter kein Interesse hat". Abs. 2: „Wegen einer unerheblichen Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs ist die Kündigung nur zulässig, wenn sie durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird". Die Frage ist nun, ob dem Mieter obiges Kündigungsrecht bei Störungen durch Immissionen gegeben und welches Maß von Störung dafür erforderlich ist. Aus dem Wortlaute des Gesetzes ist zu schließen, daß der § 541 einen allgemeinen Grundsatz aufstellt und nicht seine Wirkung auf ganz bestimmte Fälle beschränken will. Nun nennt der § 542 Abs. 1 als Kündigungsgründe nur die nicht recht-

---

1) Planck, Bem. Ia zu § 542; Staudinger, Bem. II 2e zu § 542; Oertmann, Bem. 1c u. 2 zu § 542; Enneccerus, Bd. I, Abt. 2 Note 16; Windscheid-Kipp, Bd. II, S. 730 Ziff. 4a; Mittelstein, S. 247; Cosack, § 135 II 4e; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46, S. 269; Tumpowsky, S. 72.

zeitige Gewährung und Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs. Das kann aber nach Ansicht der Literatur[1]) nicht zum Abschlusse von Störungen und Beeinträchtigungen durch Immissionen als Kündigungsgründe führen. Die Motive[2]) führen aus, daß der allgemeine Grundsatz auch die Fälle umfassen soll ‚in denen der Gebrauch auf irgend eine Weise gehindert oder geschmälert wird. Letzteres trifft bei Beeinträchtigungen durch Immissionen zu. Aus dem Wortlaute des § 542 Abs. 2 ist m. E. aus der Wendung „wegen einer unerheblichen Hinderung", gegen die es kein Kündigungsrecht gibt, zu schließen, daß, argumentum e contrario, die Zulässigkeit wegen erheblicher Hinderung im ersten Absatze vorausgesetzt wird.

Das Kündigungsrecht ist wie die Rechte aus den §§ 537 und 538 von einem Verschulden unabhängig. Selbst dann, wenn die Beeinträchtigung durch Immissionen auf Zufall beruht, ist dem Mieter das Kündigungsrecht ungenommen. Auch hier kommt es in gleicher Weise nicht darauf an, daß die Immissionswirkungen bereits bei Abschluß des Mietvertrags vorhanden oder später entstanden waren. Doch zum Unterschiede von den oben genannten Rechten ist bei der Kündigung eine erhebliche Beinträchtigung durch Immissionen erforderlich. Nicht soll dem Mieter wegen nur unerheblicher Beeinträchtigung das Kündigungsrecht zustehen. Die Motive[3]) führen als Grund an, daß dadurch der Mißbrauch des Kündigungsrechts verhütet würde. Und das geschieht auch mit Recht. Denn wenn dem Mieter eine so einschneidende Befugnis wie das Kündigungsrecht sie gibt, in die Hand gegeben wird, dann muß auch eine erhebliche Beeinträchtigung durch Immissionen vorliegen. Nicht kann und soll der Mieter wegen nur unerheblicher Beeinträchtigung gleich den ganzen Mietvertrag zur Auflösung bringen können.

Da das Kündigungsrecht nur bei erheblichen Gebrauchshinderungen gegeben ist, so ist nun zu prüfen, ob und wann Immissionen eine erhebliche Gebrauchshinderung

2) Bd. II, S. 419.
3) Bd. II, S. 240.

bilden. Grundsätzlich wird man die Immissionen, die einen verhältnismäßig kleinen Teil der Mietsache ergreifen oder in Hinsicht auf die Mietsdauer nur relativ kurze Zeit Beeinträchtigungen hervorrufen, nicht als erheblich im Sinne des § 542 ansehen können. Was erheblich ist oder nicht, muß durch das Maß der Störungen und durch die Zahl ihres Auftretens bestimmt werden. Ferner ist dabei zu berücksichtigen, daß durch die Beeinträchtigung der Immissionen der Mieter in der Ausübung seines vertragsmäßigen Gebrauchs beeinträchtigt wird.

Objektiv erheblich muß die Immissionswirkung sein und deshalb werden sich die ein Kündigungsrecht hervorrufenden Immissionen mit den nach § 906 unzulässigen Einwirkungen decken. Es muß demnach bei der Frage nach der Erheblichkeit auf den einzelnen, konkreten Fall abgestellt werden und dabei dürfen die subjektiven Verhältnisse des Mieters nicht in Betracht gezogen werden, so z. B. nicht seine durch Krankheit hervorgerufene besondere Empfindlichkeit gegen Lärm. Wenn durch Imissionen nur ein Teil einer größeren, zusammenhängenden Wohnung beeinträchtigt wird, dann findet der § 542 Anwendung, weil, wie Mittelstein[4]) ausführt, der Mietvertrag die Wohnung als Einheit ergreift.

Wenn wir oben gesagt haben ,daß die subjektiven Verhältnisse des Mieters bei der Frage nach der Erheblichkeit der Immissionen für das Kündigungsrecht aus dem § 542, Abs. 1 keine Rolle spielen, so verhält es sich anders mit dem Kündigungsrechte nach dem Absatze 2 des § 542, der eine Ausnahme von der Regel des Absatzes 1 enthält .Nach diesem Absatze ist der Mieter zur Kündigung berechtigt ,auch wenn eine nur unerhebliche Beeinträchtigung vorliegt, vorausgesetzt, daß die Kündigung durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird.

Wann ein „besonderes Interesse“ vorliegt, ist Tatfrage, bei der individuelle Verhältnisse Berücksichtigung finden können. Z. B. kann in Betracht kommen, daß der Mieter infolge seines körperlichen Befindens oder

4) S. 260 d.

der Eigenart seines Berufes besonders ruhebedürftig ist[5]). So wird man dem Gelehrten, der durch Klavierspiel längere Zeit in seiner Tätigkeit gestört wird, das Kündigungsrecht aus § 542, Abs. 2 einräumen müssen, während man, objektiv betrachtet, Klavierspiel, weil gemeinüblich, als unerheblich ansehen muß, es sei denn, daß es zur Nachtzeit oder in einer sonstigen nicht gemeinüblichen Art ausgeübt wird.

In der Berücksichtigung individueller Momente liegt immerhin eine gewisse Gefahr für den Vermieter. Z. B. der Vermieter hat nach längeren Bemühungen seine Wohnungen gut vermietet, da wird ihm auf einmal vom Mieter gekündigt, weil Immissionen vom Nachbarhause unter Berücksichtigung individueller Verhältnisse des Mieters erheblich erscheinen. Deshalb wird man bei Beurteilung der Erheblichkeit solcher individueller Verhältnisse gewisse Vorsicht obwalten lassen müssen. Staudinger[6]) warnt vor einer allzu weiten Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Mieters. Und das mit Recht. Denn sonst könnte man leicht dahin kommen, Immissionen, die durch das Zusammenleben von Menschen bedingt sind, als unter Abs. 2 des § 542 fallend anzusehen.

Hatte sich Mieter besondere Eigenschaften der Mietsache ausbedungen, dann hat Vermieter nicht nur solche Eigenschaften als vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren, sondern er hat auch sofort den Willen erklärt, daß besondere Interessen vorliegen, die bei Verletzung die Kündigung des Mietvertrags im Gefolge haben sollte[7]). Wenn Tumpowsky[8]) einwendet, daß beim Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft in keinem Falle eine unerhebliche Hinderung des vertragsmäßigen Gebrauchs vorliege und folgerichtig der Absatz 2 des

---

5c) Andere Beispiele bei Tumpowsky, S. 74; Oertmann zu § 542; Crome, § 236, Nr. 36.

6) Bem. II B 2 zu § 542.

7) Loewe, S. 73; Mittelstein, S. 253; Niendorff, S. 99; vgl. auch I. Entwurf § 529 Abs. 1, Satz 1; Spitzer, S. 32.

8) S. 75.

§ 542 nicht angewendet werden kann, so ist das nicht richtig. Wenn der Vermieter die Zusicherung der Freiheit von einem unerheblichen Mangel macht, dann kann dieser Mangel nicht auf einmal zu einem objektiv erheblichen werden. Deshalb kann der zweite Absatz des § 542 hier Anwendung finden. Auch in solchen Fällen, wo der Vermieter Immissionseinwirkungen aus irgend einem Grunde nicht beseitigen kann — z. B. seine Klage aus §§ 906, 1004 wird wegen Ortsüblichkeit der Immissionen nicht durchdringen — wird man dem Mieter das Kündigungsrecht zusprechen müssen, weil einzig und allein die Tatsache der Beeinträchtigung im vertragsmäßigen Gebrauche entscheidet, ohne Rücksicht darauf, ob Verschulden des Vermieters vorliegt.

Oertmann[9]) behauptet, daß der § 542, 1 davon ausgehe, daß der Vertreter stets in der Lage sei, innerhalb der ihm gestellten Frist Abhilfe zu schaffen, weil — wie sich aus Absatz 2 Satz 2 ergebe — ein nur tatsächliches Unterbleiben der möglichen Gebrauchsgewährung unterstellt sei. Es geht aber eine solche Unterstellung m. E. aus dem Gesetze nicht hervor. Zudem ist die Fristsetzung nicht ausdrücklich für überflüssig erklärt worden, weil der Vermieter sich darauf berufen muß, wenn Abhilfe zu schaffen unmöglich ist.

Wenn der Mieter nach den obigen Ausführungen das Kündigungsrecht erworben hat, darf es es doch nicht ohne weiteres ausüben; dabei ist es unerheblich, ob es sich um erhebliche oder unerhebliche Beeinträchtigung durch Immissionen handelt[10]). Im § 542 Abs. 1 Satz 2 heißt es: „Die Kündigung ist erst zulässig, wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen". Diese erforderliche Fristsetzung ist ohne Zweifel zum Schutze des Vermieters erlassen worden. Aus der Fristsetzung, die durch formlose, dem Vertreter gegenüber abzugegebende Erklärung geschieht, muß sich der Grund der

9) Bem. 2 zu § 542.
10) Goldmann-Lilienthal, § 154 Nr. 17.

Fristsetzung ergeben[11]), nämlich: daß Beseitigung der beeinträchtigenden Immissionen verlangt werde. Es ist dabei nicht erforderlich, daß Mieter vom Vermieter ausmieter ausdrücklich Abhilfe verlangt[12]), oder sogar den Weg angeben muß, der zu einer Abhilfe, der Beseitigung der Immissionen führt.

Welchem Mangel abzuhelfen ist, hat der Mieter genau anzugeben[13]). Hierfür genügt es z. B. nicht, wenn Mieter erklärt, die Wohnung sei geräuschvoll[14]). Noch weniger genügt z. B. die Erklärung des Mieters hinsichtlich der der Immissionen, daß die Wohnung Mängel habe[15]). Im Gegensatze zu den Erfordernissen des Rücktritts nach § 326 ist keine Erklärung des Mieters des Inhalts erforderlich, daß er die Beseitigung der beeinträchtigenden Immissionen nach ergebnislosem Ablaufe der Frist ablehne. Bezüglich des Maßes der Frist ist zu sagen, daß sie einen solchen Zeitraum aufweisen muß, innerhalb dessen es dem Vermieter möglich ist, Abhilfe zu schaffen.

Ist die Abhilfe für den Mieter dringend erforderlich, dann kann der Mieter sie unter Umständen kürzer gestalten[16]).

Hat der Mieter die Frist zu knapp bemessen, so ist nicht etwa die ganze Fristsetzung unwirksam, sondern der Vermieter ist berechtigt, für die Abhilfe die angemessene Frist zu benutzen[17]).

Entsteht über die Angemessenheit der Frist Streit, dann entscheidet das Gericht darüber nach Maßgabe des § 255 ZPO. Hat der Mieter etwa die Frist zu lang bemessen, dann schadet ihm das nicht, nur kann er nicht nachträglich die Frist reduzieren.

In dem Falle, der häufig im täglichen Leben vorkommen wird, daß der Vermieter auch zugunsten des Mieters die

---

11) Staudinger, Bem. B 4b zu § 542 und Tumpowsky, S. 73 sind a. M. und berufen sich auf Prot. II., S. 229.

12) Planck zu § 542, 16d.

13) Niendorff, S. 101.

14) Niendorff, S. 111.

15) Mittelstein, S. 258.

16) K.G. vom 9. 11. 03 (Rspr. Bd. 9, S. 4).

17) Niendorff, S. 99 und Mittelstein, S. 254.

Beseitigung der Immissionen im Wege der Klage verlangen kann, ist für die Fristsetzung nicht ein solcher Zeitraum erforderlich, der die Zeit bis zum Urteil und der Vollstreckung umfaßt, sondern es genügt, daß der Vermieter eine einstweilige Verfügung gegen den störenden Dritten erwirkt hat.

In einem Falle braucht der Mieter nicht einmal eine Frist zu setzen, nämlich im Falle des § 542, Abs. 1, Satz 3: wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat". Letzteres wird aber gerade bei Immissionen seltener der Fall sein. Denn es liegt in der Natur der Immissionen, daß sie nur für die Dauer ihres Auftretens Einwirkungen erzeugen, sodaß regelmäßig der Mieter doch ein Interesse an der weiteren Erfüllung haben wird, wenn die Immissionen beseitigt sind.

Eine Fristsetzung wird man in den Fällen überflüssig erachten können, in denen der Vermieter Abhilfe nicht schaffen kann, weil z. B. die Abhilfe längere Zeit beansprucht als die Mietzeit selbst dauert oder weil eine Abhilfe überhaupt unmöglich ist[18]).

Ist die angemessene Frist abgelaufen, ohne daß die störenden Immissionen beseitigt worden sind, dann kann der Mieter nunmehr sofort kündigen und dem Mietvertrag ein Ende setzen.

Es ist hierbei nicht erforderlich, daß der Vermieter im Verzuge ist, weil insbesondere Verschulden nicht vorhanden zu sein braucht[19]). Da die Kündigung nicht wie der Rücktritt zurückwirkt, werden dem Mieter nicht die Rechte genommen, die er vor der Kündigung erworben hatte. Wenn er demnach vorher das Minderungsrecht des Mietzinses oder ein Recht auf Schadensersatz erworben hatte, so kann er es geltend machen[20]).

---

18) So Planck zu § 542, 16d; Staudinger zu § 542 II C 2a und Tumpowsky, S. 76; Niendorff, S. 112; Schöller, S. 279.

19) Anderer Ansicht die Motive Bd. II, S. 420 und Staudinger, Bem. II Ce zu § 542.

20) Cosack, § 135, S. 476; Planck zu § 542, 5a; Niendorff, S. 109.

Das Gleiche gilt für den Fall, daß die den Schadensersatzanspruch aus § 538 begründenden Ereignisse in die Zeit des bestehenden Mietvertrags fallen, die die Höhe des Schadens bestmimenden Umstände aber erst nach der durch die Kündigung beendigten Mietzeit hervortreten. Das ist in einer Entscheidung des Reichsgerichts bejaht worden[21]), weil die Kündigung zurückwirkt und ferner Schadensersatz verlangt wird für Schäden, für deren Entstehung die Ursache die vor der Kündigung liegende Nichterfüllung des Mietvertrages ist, dagegen nicht die Beendigung des Mietvertrages durch die Kündigung.

Eine erweiterte Kündigungsbefugnis wird dem Mieter durch den § 544 gegeben, weil die Ausübung nicht an eine Fristsetzung wie im § 542 gebunden ist. Weiter als § 542 ist die Befugnis zur Kündigung auch deshalb, weil selbst ein vorhergehender Verzicht des Mieters auf Kündigung oder die Kenntnis des die Kündigung veranlassenden Mangels das Recht aus § 544 nicht entfallen läßt.

Soll bezüglich der Immissionen der § 544 Anwendung finden können, dann müssen sie die Benutzung einer Wohnung oder eines zum Aufenthalte von Menschen bestimmten Raumes derart beeinträchtigen, daß eine erhebliche Gefährdung der Gesundheit des Mieters damti verknüpft ist. Es ist demnach immer die objektive Beschaffenheit der Wohnräume zu prüfen unter Ausschaltung der subjektiven Verhältnisse des Mieters[22]).

Die drohende Schädigung der Gesundheit muß erheblich sein, nicht genügt schon eine kleine Beeinträchtigung der Gesundheit.

Daß durch Immissionen der Tatbestand des § 544 erfüllt werden kann, ist unschwer darzulegen. Z. B. kann die Benutzung von Wohnungen in der Nähe von chemi-Fabriken, Zinkhütten eine erhebliche Schädigung der Gesundheit im Gefolge haben.

Da nach dem Wortlaute des Gesetzes die Wohnung so beschaffen sein muß, daß mit der Benützung Gesund-

21) RGE. Bd. 64 Nr. 93.
22) Jur. Woch. 1906, S. 713.

heitsschädigungen nicht auftreten, genügt nicht die einmal auftretende Immission, z. B. nicht das einmalige Ausströmen von Gas[23]), sondern es muß sich um eine dauernde Eigenschaft der Mietsache handeln. Letzteres können auch — wie bereits ausgeführt — Immissionen sein.

Wenn, was häufig der Fall sein wird, nur einzelne Räume einer Mietwohnung die im § 544 erforderliche Beschaffenheit aufweisen, dann kann die Kündigung sich grundsätzlich nicht nur auf diese Räume erstrecken, sondern sie muß alle Räume der gemieteten Wohnung umfassen. Denn das Mietverhältnis ist als ein geschlossenes Ganzes anzusehen[24]).

Im Hinblick auf die augenblicklich vorherrschende große Wohnungsnot ergibt sich für den Mieter eine tatsächliche Einschränkung des für ihn in normalen Zeiten so wichtigen Kündigungsrechtes, weil es dem Mieter schwer fällt, andere ihm zusagende Wohnräume zu erhalten[25]).

---

23) Brückner, S. 68; Niendorff, S. 121.

24) Dagegen erklärt Oertmann zu § 544 eine Teilkündigung nur für bedenklich.

25) Vgl. Kiefersauer, Grundstücksmiete, Bd. II, S. 260.

Zweiter Abschnitt.

1. Die Frage nach dem dinglichen Schutz.

Im vorigen Abschnitt haben wir gesehen, daß dem Mieter gegen den Vermieter aus der obligatorischen Bindung des Mietvertrags heraus, eine Reihe von Rechten zustehen gegen die Beeinträchtigung durch Immissionen. In allen diesen Fällen ist aber der Mieter zur Geltendmachung seiner Rechte genötigt, sich an den Vermieter zu wenden, damit der Vermieter seinerseits — abgesehen von den Fällen, wo er selbst Immissionen hervorruft — gegen den störenden Dritten vorgehe. In diesem Abschnitte nun soll geprüft werden, ob und in welchem Maße dem Mieter sofort eine rechtliche Handhabe gegen durch Immissionen störende Dritte gegeben ist. Zu diesem Zwecke ist es erforderlich, die Untersuchung der Frage darauf abzustellen, welches die rechtliche Natur der Miete ist und ob aus ihr sachenrechtliche Rechtsbeziehungen herzuleiten sind. Kurzum: Es handelt sich um die Frage, ob der Mieter ein dingliches Recht bei Beeinträchtigung durch Immissionen hat.

Unzweifelhaft steht fest, daß der Mieter, solange ihm die Mietsache noch nicht vom Vermieter übergeben worden ist, nur einen obligatorischen Anspruch hat. Ein iusad rem im Sinne des ALR.[1]) und damit ein dingliches Recht wird nach BGB. die Miete auch nicht nach der Gebrauchsüberweisung. Dieser Auffassung entsprechen auch die Ausführungen der Motive[2]) zum 1. Entwurfe des BGB.; sie wollen der durch die Aufnahme eines iusad rem herbeigeführten Verschwommenheit zwischen schuld- und sachenrechtlichen Rechtsbeziehungen Einhalt gebieten.

---

1) Vgl. Crome, a. a. O.

2) Mot. Bd. III, S. 3.

Aus der Regelung des Rechtsinstitutes „Miete“ im siebenten Abschnitte des II. Teiles des BGB. „Einzelne Schuldverhältnisse“ geht eindeutig hervor, daß die Miete nicht dem Sachenrechte angehört. Dennoch sind einige in der Literatur[3]) für die Dinglichkeit der Miete eingetreten.

In der Hauptsache schließen diese aus den §§ 571 ff., daß aus den letzteren zu folgern sei, daß der Mieter ein gegen Dritte wirkendes Recht habe. Cosack[4]) und Fuchs[5]) als Verfechter der dinglichen Natur der Miete, erblicken in den §§ 571 ff. nicht Ausnahmevorschriften von der allgemeinen Regel, sondern halten diese Paragraphen für die Ausgestaltung eines weitergehenden Grundsatzes, aus dem sie Folgerungen ziehen. Aber selbst die Anhänger der dinglichen Auffassung der Miete gehen darin einig, die Miete nicht als ein Recht am Grundstücke anzusehen, als eine Belastung des Grundstücks mit einem Rechte im Sinne der §§ 873 ff. Diese Auffassung würde auch mit der ganzen Entstehung der „Miete“ nicht im Einklange stehen. Das nimmt selbst Cosack nicht an. Cosack schließt aber aus dem § 571, daß der Schluß „unabweislich“ sei, daß „wenn der Mieter gegen die Störungen einer Person geschützt wird, die an dem Grundstücke ein Recht hat, er um so mehr gegen die Störungen eines völlig Unbefugten geschützt sein muß. Ist dieser Schluß aber zutreffend, so ist damit die Wirksamkeit des Mietrechtes gegen jeden Dritten bewiesen“. Diese Folgerung Cosacks ist aber nicht richtig[6]). Es stimmt nicht, daß der Mieter gegen jeden am Grundstück Berechtigten geschützt ist. Er ist es nur gegen solche Berechtigte, die ihr Recht vom Vermieter herleiten. Zudem läßt sich eine Ausdehnung des § 571

3) Fuchs, Grundbuchrecht, S. 35 und in Gruchot, Bd. 46, S. 566 Meisner zu § 571, Nr. 3; Scherer zu § 571 ff. Nr. 3; Fischer, Sachenrecht des Entwurfs 1896, S. 16; Kuhlenbeck zu § 571, Nr. 1; Cosack II, § 238; früher auch Fischer; jetzt aber anders Fischer-Henle zu § 571, Note 3.

4) Cosack, a. a. O.

5) Fuchs, a. a. O.

6) Vgl. die Ausführungen bei Hesse, S. 6.

im Wege der Analogie nicht rechtfertigen, denn es besteht hier kein Anlaß zu dieser mit Vorsicht anzunehmenden Analogie. Vielmehr ist der Mieter dadurch genügend geschützt, daß der Vermieter und nach § 571 der Erwerber des Grundstücks verpflichtet sind, die Störungen „völlig Unbefugter" von ihm fernzuhalten. Das folgt aus der gesetzlichen Verpflichtung zur dauernden Einräumung des vertragsmäßigen Gebrauchs. Überdies ist es zum Schutze des Mieters genügend, wenn er unberechtigte Eingriffe Dritter in Gestalt von Immissionen als Besitzer der Mietsache abwehren kann. Zur Unterstützung seiner Ansicht weist Cosack auf den § 892 hin, nach dem der Mieter, der mit einem fälschlich ins Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Nichteigentümer einen Mietvertrag abgeschlossen habe, geschützt werde. Daß dies nicht haltbar sein kann, ergibt sich bereits daraus, daß der § 892 nur solche schützt, die ein Recht am Grundstücke erworben haben. Und ein solches Recht am Grundstücke ist die Miete nicht, was übrigens Cosack selbst nicht annimmt.

Ferner führt Cosack noch aus, daß der Fiskus, der gemäß § 928 ein vermietetes Grundstück erworben habe, an die bestehenden Mietverträge gebunden und der Mieter geschützt sein soll in Anwendung eines Analogieschlusses aus § 571[7]). Aber einen solchen Analogieschluß anzunehmen, geht nicht an, weil eben der § 571 eine Ausnahmevorschrift kraft Gesetzes darstellt. Und deshalb ist der Fiskus rechtlich nicht an die bestehenden Mietverträge gebunden, weil 1. für eine analoge Anwendung des § 571 kein Raum ist und 2. der Fiskus nicht Rechtsnachfolger des das Grundstück aufgebenden Vermieters ist und ferner auch nicht die Voraussetzungen des § 571 vorliegen. In der Cosack'schen Lehre ist kein Anhaltspunkt für die Dinglichkeit der Miete zu finden, weil Cosack insbesondere die Bedeutung des § 571 verkannt hat. Der Gesetzgeber hat nämlich hier nur die Rechte

7) Mit Cosack übereinstimmend: Dernburg II § 223, Anm. 1; Oertmann, Vorbem. zu § 571 ff.
Dagegen Niendorff, § 36, S. 235; Planck zu § 571, 1e.

des Mieters aus dem Schuldverhältnisse der Miete gegen den Erwerber des Grundstücks erweitert. Aber einzig und allein gegen den Erwerber eines Grundstücks, nicht aber gegen jeden beliebigen Dritten ist demnach der Schutz gegeben, die kein Recht an dem Grundstücke haben. Der I. Entwurf vertrat noch die entgegengesetzte Meinung, die jetzt im BGB. niedergelegt ist, nämlich den römisch-rechtlichen Grundsatz: „Kauf bricht Miete". Hierzu kam man, weil durch den entgegengesetzten Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miete" nicht für die Annahme Raum geschaffen werden sollte, daß es sich bei der Miete um ein dingliches Recht handle. Denn man wollte weder ein dingliches Recht ohne Grundbucheintragung schaffen, noch wollte man die Miete eintragungsfähig gestalten. Die zweite Kommission aber, die vieles von der ersten Kommission über den Haufen warf, hat sich zu dem Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" bekannt, lediglich aus praktischen Gesichtspunkten, die ja überhaupt bei der zweiten Kommission in reichlicherem Maße berücksichtigt wurden als bei der ersten. Wie Crome[8]) hervorhebt, war bei der Entstehung des Satzes, C„Kauf bricht nicht Miete" die Ansicht vorherrschend, daß man es bei der Aufstellung dieses Grundsatzes mit einer „Anomalie" gegenüber den Grundsätzen des Entwurfes zu tun habe, die aus praktischen Gründen entstanden sei. Man kann deshalb aus dem § 571 in keiner Weise auf die Dinglichkeit der Miete schließen. Im übrigen würde auch die andere Beurteilung des § 571, also der Analogieschluß, eine Dinglichkeit nicht beweisen; man kann nicht die Frage nach der Dinglichkeit mit der Frage gleichstellen, ob „Kauf die Miete breche oder nicht"[9]). Ebenso kann auch die von Cosack[10]) und Crome[11]) angeführte „Ähnlichkeit" der Miete mit der Reallast keine Stütze für den entgegengestzten Standpunkt abgeben. Der überwiegende Teil der Literatur

8) Crome, S. 10 und 11; auch Fischer, Soll Kauf Miete brechen?

9) Vgl. Wendt in Jherings Jahrbüchern, Bd. 29, S. 84.

10) a. a. O.

11) a. a. O.

vertritt die rein obligatorische Natur der Miete. Im Gegensatze zum ALR.[12]), wo die Miete dinglichen Charakter durch nachfolgende Grundbucheintragung erhielt, ist heute im BGB. die Eintragung der Miete im Grundbuche nicht möglich. Selbst Mietrechte, die beim Inkrafttreten des BGB. als „Rechte an einem Grundstück" bestanden haben, bedürfen nach Artikel 188 Abs. 2 des EGBGB. zu ihrer weiteren Wirksamkeit nicht der Eintragung.

Für die obligatorische Natur der Miete lassen sich mancherlei Gründe anführen. Vor allem ihre Stellung im System des BGB.; sie ist im Teile der Schuldverhältnisse behandelt. Fischer[13]) bestreitet, daß das BGB. scharf zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten unterscheide, und behauptet, daß die Stellung der Miete im schuldrechtlichen Teile nur durch ein Versehen geschehen sei, nämlich, daß sie infolge romanistischer Auffassung des ersten Entwurfs später ihre Stellung im Schuldrechte beibehalten hätte. Das kann nicht haltbar sein. Denn die II. Kommission hat gerade bewußt der Miete diese Stellung im BGB. gegeben.

Für die nichtdingliche Natur der Miete spricht auch, daß die Vorschriften des Sachenrechts zwingendes Recht im Gegensatze zu den schuldrechtlichen enthalte. Die Miete enthält aber in der Hauptsache dispositive Vorschriften. Selbst der § 571, der von den Anhängern der Dinglichkeit der Miete meistens angeführt wird, ist dispositiver Natur.

Die Zahl der dinglichen Rechte ist nach BGB. geschlossen. Unter dem in den Motiven aufgezählten numerus clausus ist die Miete nicht zu finden. Auch ein Beweis dafür, daß die Miete im BGB. nicht dinglich ist. So haben sich auch die meisten in der Literatur[14]) gegen

12) ALR. I 21 §§ 2—5.

13) In Vorträge über den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches, Heft III, S. 16 ff.

14) U. a. Staudinger, Vorbem. zu § 535; Planck II, Bd. 2, Hälfte, S. 801; Borchardt, S. 1; Brückner, S. 6; Hesse, S. 67.

die dingliche Auffassung der Rechtsnatur der Miete gewandt. Da die Miete nur schuldrechtlichen Charakter hat, ist dem Mieter der petitorische Anspruch gegen Dritte versagt[15]). Wird der Mieter durch Immissionen im ruhigen Gebrauche der Mietsache von Dritten beeinträchtigt, dann muß er sich an seinen Vermieter wenden, da er selbst petitorisch gegen den Dritten nicht vorgehen kann. Die actio negatoria aus § 1004 kann nur der Vermieter als Eigentümer in Verbindung mit § 906 erheben, nicht aber der Mieter. Und letzteres kann der Vermieter aus dem Grunde, weil Beeinträchtigungen des Mieters durch Immissionen sich gleichzeitig auch als ein Eingriff in sein Eigentum darstellen. Wenn Niendorff[16]) trotz gegenteiliger Ansicht in der Literatur und Praxis dem obligatorisch berechtigten Mieter eine petitorische Klage aus eigenem Rechte geben will, verkennt er die wahre Natur der Miete: obligatorische Rechte können niemals dingliche Klagen erzeugen. Letzteres ist auch für den Mieter unnötig, weil ihm genügender Schutz aus dem § 862 zusteht[17]), und er vor allem aus dem Vertragsverhältnisse vom Vermieter Beseitigung der Beeinträchtigungen verlangen kann. Dernburg[18]) hinwiederum versagt dem Mieter sogar den possessorischen Schutz mit der Begründung, daß die Miete nicht dinglic hsei und folgedessen der Mieter auch kein selbständiges Recht gegen Dritte habe, die ihn durch Immissionen beeinträchtigen. Diese Folgerung Dernburgs ist nicht richtig, weil die Voraussetzung des Besitzesschutzes der Besitz des Mieters ist und nicht die Frage der Dinglichkeit oder Nichtdinglichkeit der Miete.

Gegen störende Dritte kann der Mieter possesorisch vorgehen, was unten zu behandeln sein wird. Hier ist noch zuzufügen, daß man auch aus diesem, dem Mieter gegebenen possessorischen Schutz keinen Beweis für die Dinglichkeit der Miete herleiten kann. Das will Stobbe-

---

15) So RGE. Bd. 59, S. 326 und Volkmar in D.J.Z. a. a. O.
16) 6. Aufl., S. 170.
17) Staudinger, a. a. O.; Endemann, a. a. O.
18) Bd. III, S. 241.

Lehmann[19]). Das ist abzulehnen. Wenn man nämlich aus der Existenz des possesorischen Schutzes auf die der Dinglichkeit schließen müßte, dann hätte man auch anderen obligatorisch Berechtigten, wie Entleiher und Verwahrer, als dinglich Berechtigte anzusehen. Das kann man wohl nicht annehmen.

2. Der Schutz des Mietbesitzes.

Nach § 868 ist der Mieter, sobald ihm die Sache übergeben worden ist, unmittelbarer Besitzer[1])[2]). Auch der Mieter einer Etagenwohnung oder auch nur eines einzelnen möblierten Zimmers ist unmittelbarer Besitzer und hat als solcher Besitzesschutz[3]), weil nach § 865 die schriften über den Besitzesschutz (§§ 858 bis 864) Anwendung finden. Demnach hat der Mieter nach § 859 bei verbotener Eigenmacht ein Wiederherstellungsrecht seines entzogenen oder gestörten Besitzes, nach § 861 bei Besitzentziehung die Besitzentziehungsklage und nach § 862 die Besitzstörungsklage.

Das Recht aus § 859 wird für den Mieter selten praktisch werden. Nach § 859 kann sich der Mieter, wenn er durch Immissionen gestört wird, sich der Immissionen mit Gewalt wehren. Abgesehen von der noch ungeprüften Frage, ob überhaupt durch Immissionen Besitzstörungen hervorgerufen werden, ist es zweifelhaft, ob der § 859 auf Immissionen Anwendung finden kann. Denn es liegt in der Natur der Immissionen, in ihrer Ein- und Auswirkung auf das beeinträchtigte Grundstück, daß man gegen sie nicht mit Gewalt vorgehen kann. Angenommen, jemand wird durch starke Geräusche oder durch üble Aus-

19) Bd. III, S. 331.

1) Planck II, Bd. 2. Heft, S. 801; Staudinger, Bem. IV 3 zu § 535; Endemann, § 167, Nr. 26.

2) Aber nicht immer ist der Mieter einer Sache Besitzer, so z. B. nicht, wenn jemand eine Kurkarte löst; dann hat er am Kurpark keinen Besitz. Oder wenn jemand mietweise in der Straßenbahn eine Reklametafel anbringen läßt, dann hat er naturgemäß keine tatsächliche Gewalt über den Straßenbahnwagen.
Siehe hierüber bei Loewe, S. 86.

3) Planck, a. a. O.; Staudinger, a. a. O.

dünstungen vom Nachbargrundstücke belästigt, dann können diese Beeinträchtigungen, solange sie wirken, nicht dadurch beseitigt werden, daß der Mieter der Quelle der Immissionen auf dem Nachbargrundstücke nachgeht und vielleicht gewaltsam ein Ende der Immissionsauswirkungen herbeiführt. Das geht schon deshalb nicht, weil jener in dieser Art vorgehende Mieter sich selbst verbotener Eigenmacht sich schuldig machen würde und die Konsequenzen daraus zu ziehen hätte. Mit dem Selbsthelfeschutz nach § 859 ist es gegen Immissionen nicht weit her.

Dagegen liegt die Prüfung der Frage näher, ob der Mieter gerichtlichen Schutz gegen Beeinträchtigung durch Immissionen Dritter hat. Es handelt sich hier um die Besitzklagen der §§ 861, 862. Es ist vorauszuschicken, daß die Besitzentziehungsklage gegen Immissionen wenig praktisch werden wird; häufiger wird es sich um Besitzstörungsklagen handeln, denn — wie wir bereits im vorigen Abschnitt bei der Frage nach der Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauchs untersucht haben — wird durch Immissionen in der Regel der Besitz nicht entzogen.

Wenden wir uns deshalb vornehmlich der Frage zu, ob der Mieter gegen Immissionen die Besitzstörungsklage aus § 862 hat. Der § 862 lautet: „Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist".

Soll daher dem Mieter die Besitzstörungsklage aus § 862 zustehen, dann müssen die Immissionswirkungen auf verbotener Eigenmacht beruhen und eine Besitzstörung hervorrufen. Was unter verbotener Eigenmacht zu verstehen ist, sagt das Gesetz im § 858. Danach liegt sie vor, wenn dem Besitzer der Besitz ohne seinen Willen entweder entzogen oder er im Besitze gestört wird. Da der Begriff „Verbotene Eigenmacht" nicht nur für eine

eventuelle Klage des Mieters aus § 862 in Betracht kommt, sondern insbesondere auch für den deliktischen Besitzschutz, so ist es erforderlich, eingehender die Begriffserklärung, „verbotene Eigenmacht" zu geben. Die Beeinträchtigung des Besitzers darf weder vertraglich noch gesetzlich gestattet sein. Ebenso wie der Vermieter kann nämlich auch der Mieter mit dem Immittenten einen Vertrag darüber abschließen, daß dieser durch Immissionen auf den Mietsbesitz einwirken darf. In gleicher Weise gibt es Fälle, wo Besitzstörung vom Gesetzgeber gestattet ist, so in den Fällen der §§ 229, 561, 859. Doch wird m. E. gerade bei Beeinträchtigung durch Immissionen eine solche gesetzliche Erlaubnis zur Einwirkung selten vorliegen. Ein Verschulden des die verbotene Eigenmacht Ausübenden ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn die Störung objektiv eine Beeinträchtigung des Besitzes hervorgerufen hat.

Auch juristische Personen können durch ihren Vertreter sich verbotener Eigenmacht schuldig machen. Unter Umständen kann der Mieter z. B. gegen den Fiskus die Besitzstörungsklage erheben, wenn er durch eine gewerbliche Anlage in seinem Besitze beeinträchtigt wird.

„Widerrechtlich" im § 858 bedeutet nicht, daß eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. vorliegt, die gleich zum Schadensersatze verpflichtet. Will der Mieter Schadensersatz fordern, dann kann er es nur, wenn überdies Verschulden des Immittenten vorliegt, der Immittent also vorsätzlich oder fahrlässig den Mieter im Besitze gestört hat[4]). Ferner kann der störende Dritte dem Mieter gegenüber sich nicht darauf berufen, daß die Absicht der Besitzstörung gefehlt habe[5]). Auch ein Irrtum des Störers, daß die Störung erlaubt sei, ist belanglos[6]). Die Einwilligung des Mieters zur Besitzstörung braucht nicht gerade ausdrücklich zu erfolgen; es ist als genügend anzusehen, daß der Mieter trotz Kenntnis von der Störung keinen Widerspruch erhebt. War die Zustimmung unter einer Bedingung gemacht worden, dann muß

4) Siehe darüber in diesem Abschnitte unter 3.

5) Darüber bei Planck in Bem. 1, 6 zu § 858; RGE. Bd. 55, S. 55.

auch die Bedingung eingetreten sein, damit die Besitzstörung nicht zu einer widerrechtlichen werden soll[7]).

Bei der Besitzstörung kommt es nicht darauf an, daß ein positives Tun des Dritten vorliegt; auch ein Nichthindern kann den Tatbestand des § 858 erfüllen. Das wird sehr häufig bei Immissionen der Fall sein, daß der Immittent nicht verhindert, daß die von seinem Grundstücke ausgehenden Immissionen auf fremden Besitz einwirken.

Da die verbotene Eigenmacht die Störung im Besitze verlangt, ist hier darauf einzugehen, was eine Besitzstörung ist. Eine Begriffserklärung der Besitzstörung gibt das Gesetz nicht.

Die Motive zum BGB.[8]) sagen hierüber: „Die Störung muß einen bis in die Gegenwart hineinreichenden, tatsächlichen Zustand geschaffen haben". Dieses ist in einer doppelten Gestaltung möglich: die Wirkung der Störung und damit die Störung selbst kann körperlich fortdauern. Eine fortdauernde Wirkung ist es nach den Motiven auch dann, „wenn die Besorgnis weiterer Störungen erregt und „ein Zustand der Rechtsunsicherheit" geschaffen wird. Es komme auf das Moment der Dauer der Störung an, die physisch und auch psychisch wirken könne, aber auf jeden Fall bis in die Gegenwart andauern müsse. Das ist bei Immissionen zutreffend. Denn durch sie wird in vielen Fällen die Besorgnis weiterer Störungen erregt werden, insbesondere deshalb, weil sie in der Regel nur in Zwischenräumen auf fremden Besitz einwirken. Z. B. ein Mieter stört den anderen Mieter durch Klavierspiel zur Mitternachtszeit. Als Besitz-

6) Staudinger, Bem. I 2a zu § 858; Dernburg, S. 91. A. M. ist Bunsen, S. 76, der die subjektive Willensrichtung des Immittenten berücksichtigen will; in concreto soll aus dem Verhalten des Immittenten und des Mieters die Versagung der Erlaubnis festgestellt werden.

7) Jur. Woch. 1907, S. 388.

8) Bd. III, S. 125; ähnlich auch RGE. Bd. 55, S. 57.

Allgemeinere Definition der Besitzstörung gibt Simeon, I. Bd., 2. Hälfte, S. 662: „Störung ist jede Beeinträchtigung des Besitzstandes, die nicht zur Entziehung des Besitzes führt".

störung ist aber nicht jede Beeinträchtigung durch Immissionen anzusehen, so z. B. im obigen Falle nicht das nur einmal stattfindende Klavierspiel. Vielmehr ist dafür „ein gewisses Moment der Ausdauer“ [9]) erforderlich, die entweder körperlich fortdauern oder in der Art psychisch fortwirken könne, daß bei dem gestörten Mieter die begründete Besorgnis vor weiteren Störungen erregt und damit für den Mieter ein andauerndes Gefühl der Unsicherheit im Besitze geschaffen wird. Es ist nach Lage des einzelnen Falles objektiv zu entscheiden, ob Wiederholungen der Störungen vom Mieter zu besorgen sind; nicht entscheidet etwa die subjektive Auffassung des gestörten Mieters selbst.

Die Frage ist nun, ob die Beeinträchtigung durch Immissionen auch als Besitzstörung aufgefaßt werden kann. Das ist aus folgendem zu schließen: Bei der Vergleichung der allgemeinen Voraussetzungen der Besitzstörungsklage des § 862 (858) mit denen der actio negatoria des § 1004 (906) findet man eine übereinstimmende Ähnlichkeit in den beiderseitigen Voraussetzungen. Demnach ist weiter zu schließen, daß bei Immissionen der § 906 die Handhabe bietet für das, was Besitzstörung ist oder nicht. Wenn deshalb die Immission die Mietsache nicht beeinträchtigt, weil sie ortsüblich oder nur unwesentlich ist, dann wird auch von einer Besitzstörung keine Rede sein können. Naturgemäß hat dann der Mieter etwaige, weitergehende Rechte in dieser Hinsicht aus dem Mietvertrage gegen seinen Vermieter. Zusammenfassend ist zu sagen, daß eine nach § 906 erhebliche Immission als eine Besitzstörung des Mieters zu kennzeichnen ist [10]) [11]).

---

9) Vgl. Staudinger, Bem. II 2a zu § 858.

10) Staudinger, Bem. II 2a zu § 858; Planck Bem. 2 zu § 862; Biermann, Bem. 1 zu § 1004; Bunsen, S. 80; Kniep, S. 438; Volkmar in D.J.Zt. a. a. O.; Dernburg, Bd. III, S. 90; Crome, Bd. III, S. 70, Note 33.

11) Loewe, S. 88 behauptet ohne nähere Begründung, daß Immissionen Besitzstörungen hervorrufen; Immissionen faßt er unter den Oberbegriffe „körperliche Störungen“ zusammen.

Gegen diese Annahme wendet sich Eedemann[12]). Er bestreitet zwar nicht, daß zwischen den §§ 862, 858 und 1004, 906 Ähnlichkeit und Zusammenhang vorhanden ist; trotzdem will er eine Einschränkung der störenden Eingriffe in den „realen Besitzbestand" nach den §§ 862, 858 gegenüber denen der §§ 1004, 906 herbeiführen, weil es bei der Besitzstörungsklage heißt: „im Besitze gestört" und im § 1004 „im Eigentume beeinträchtigt". M. E. kann eine solche Unterscheidung, wie Endemann sie macht, nicht gemacht werden, weil „stören" und „beeinträchtigen" doch dieselbe Auswirkung zeitigen. Endemann hält ferner nur ganz bestimmte Immissionen, wie die Zuführung von elektrischen Strömen oder von Kälte für geeignet, Besitzstörungen hervorzurufen. Es ist aber kein Grund dafür ersichtlich, warum nicht auch andere Immissionen, wie starke Geräusche, Rauch, Ruß u. a. eine Besitzstörung hervorrufen, nicht in gleicher Weise auf den realen Besitztatbestand einwirken sollen. Für letzteres ist nicht erforderlich, daß die Immissionen körperlich den Besitz des Mieters „angreifen"; es genügt die psychische Wirkung auf den Mieter als Besitzer der Mietssache in der Art, daß er wegen der Immissionen nicht oder einen anderen Gebrauch von der Mietsache machen muß, überhaupt in ruhigem Genusse der Mietsache eine Einbuße erleidet. Auch bei der Frage, ob durch Immissionen Besitzstörungen hervorgerufen sind, muß die Frage der Wesentlichkeit und Ortsüblichkeit der Immissionen aufgeworfen werden, genau wie bei der bereits behandelten Frage, ob und wann Immissionen eine Beeinträchtigung des Mietbesitzes herjorrufen.

Wesentlich ist auch hier die Beeinträchtigung, die unter Außerachtlassung der Empfindungen kranker Personen, von dem „normalen Durchschnittsmenschen" als erheblich angesehen wird[13]). Doch wird man wohl in der Praxis nicht in allen Fällen einen gleich strengen, objektiven Maßstab bei der Beurteilung der Wesentlichkeit der Immissionen anlegen. Z. B. wird man für ein

12) Bd. II § 45, Note 9.
13) Vgl. J.W. 1904, S. 143 u. S. 384.

Krankenhaus größere Ruhe in der Nachbarschaft fordern dürfen, als für ein Konzertkaffee.

Endemann[14]) findet die Grenzlinie dieser feineren Unterscheidungen darin, daß solche Einwirkungen statthaft sind „die jedem zu ertragen zumutbar sind" und die „Menschen gemeingewöhnlich ohne besondere Nachteile ertragen können".

Auch bei wesentlicher Beeinträchtigung der Mietsache können Immissionen nicht verboten werden, wenn sie ortsüblich sind. Die Ortsüblichkeit ist u. a. in verschiedenen Teilen einer Stadt eine andere, z. B. in einem Stadtviertel mit sehr vielen Mietskasernen eine andere als in einer Villengegend.

Zu beachten ist, daß die Ortsüblichkeit von lästigen Immissionen noch zur Zeit der Klageerhebung und Prozeßführung vorliegen muß, denn es ist z. B. möglich, daß der die Störung hervorrufende Betrieb wohl zur Zeit seiner Einrichtung der Ortsüblichkeit entsprach, diese sich aber inzwischen geändert hat.

Wenn nun Immissionen eine Besitzstörung hervorrufen können, dann wird man wohl dem Mieter gegen die Beeinträchtigung durch Immissionen die Besitzklagen (§§ 861, 862) einzuräumen haben. Auf diesem Standpunkte steht durchweg die Literatur[15]). Doch ist er nicht unbestritten. So behauptet Brückner[16]), daß die Immissionen nur einen Eingriff in die am Grundstücke bestehende, rechtliche Herrschaft des Eigentümers oder eines Nutzungsberechtigten darstelle. Deshalb gibt er auch dem Mieter keinen Besitzesschutz, denn die Immissionen seien keine Eingriffe in die dem Mieter zustehende Besitzgewalt; auch bedeuten sie für den Vermieter keine Beeinträchtigung in der Ausübung seines Mietbesitzes. Brückner geht aber von einer falschen Auffassung des

---

14) § 72, Note 45.

15) Planck, Bem. 5 zu § 535; Endemann, S. 474, Note 52; Neumann, Bem. II, 1 zu § 906; Mittelstein, 2. Aufl. 1909, S. 546; Kniep, a. a. O.; Volkmar in D.J.Zt. 1901, S. 382; a. M. sind Fränkel, S. 29; Niendorff, S. 218 und Brückner, S. 97.

16) Brückner, S. 97.

Besitzes und seiner Wirkungen aus. Da der Besitz ein tatsächliches Gewaltverhältnis einer Person über eine Sache ist, hat der Mieter als Besitzer die Möglichkeit Dritte von seiner „Besitzsphäre" auszuschließen und die Mietsache nach Willkür zu gebrauchen[17]). Wir können eine zweite Beziehung des Besitzers zur Sache erkennen, die sich nicht in einer reinen physischen Beherrschung der Sache erschöpft: nämlich die Möglichkeit „geistig unbeschränkter Herrschaftsausübung". Und deshalb liegt eine Besitzstörung dann vor, wenn zwar nicht auf den körperlichen Zustand der Mietsache eingewirkt wird, sondern auch, wenn jemand sich mit dem Willen des Besitzers hinsichtlich der im Besitz befindlichen Sache in Widerspruch setzt der Art, daß dem Besitzer dadurch unmöglich gemacht wird, die Sache nach Gutdünken zu benutzen. Das ist bei Immissionseinwirkungen der Fall. Sie wirken dergestalt auf fremden Besitz ein, daß man sagen kann, daß der Besitzer in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt gestört ist. Nach Endemann[18]) ist nämlich Sachbesitz die Herrschaftsverwirklichung über die Sache in der Gesamtheit aller Beziehungen.

Selbst wenn die Brückner'sche Ansicht richtig wäre, ergäbe sich doch für eine Reihe von Immissionen dasselbe; denn es gibt Immissionen, die auch auf den körperlichen Bestand der Mietsache einwirken.

Wenn der Mieter, durch Immissionen genötigt, einen anderen Gebrauch von der Mietsache machen muß, als wie beabsichtigt und zu erwarten war, dann ist sehr wohl von einer Besitzstörung durch Immissionen zu sprechen.

Staudinger[19]) führt dagegen an, daß gegen „rein persönliche Belästigungen" das bürgerliche Recht keinen Schutz dem belästigten Mieter gewähre. Aber eine solche rein persönliche Belästigung stellt die Immission nicht dar. Es ist nicht abzustreiten, daß eine gewisse Wirkung der Immission sich auch auf die davon betroffene Person

17) Vgl. Savigny, S. 210; Windscheid-Kiepp, Bd. I, S. 760.
18) Bd. II § 28.
19) Staudinger, Bem. I 6b zu § 906.

erstreckt, doch ist vor allem Gewicht darauf zu legen, daß die Wirkung der Immission dem betroffenen Besitzer die Möglichkeit nimmt und hemmend wirkt, mit der Sache nach Belieben zu verfahren[20]). Letzteres gilt naturgemäß innerhalb der vertraglichen und sonstigen gesetzlichen Grenzen. Der Besitzer hat bei Vorliegen von Immissionen nicht mehr die Freiheit in seinen Entschließungen wie vorher. Deshalb kommen wir zu dem Ergebnis, daß Immissionen Besitzstörungen hervorrufen können und daß gegen sie der betroffene Mieter in der Besitzstörungsklage aus § 862 gerichtlichen Schutz findet. Wollte man zu einem anderen Ergebnis kommen, dann wäre hier eine Lücke im Schutze des Mieters gegen Immissionen; denn der Mieter muß auf Grund seines Besitzes direkt gegen störende Dritte vorgehen können, weil erstens der indirekte Weg über den Vermieter, der seinerseits gegen Dritte auf Grund seines Eigentums vorgehen kann, langwieriger ist und zweitens, weil dem Mieter mit der ihm zustehenden Kündigung, insbesondere wegen der augenblicklichen Wohnungsnot, in vielen Fällen nicht geholfen sein wird[21]).

Nach § 862 richtet sich die Besitzstörungsklage gegen den Störer. Störer ist derjenige, der durch die Besitzklage abgewehrt werden soll. Deshalb hat man bei störenden Anlagen nicht denjenigen als Störer anzusehen, der diese Anlage errichtet hat, sondern denjenigen, der die Anlage zur Zeit der Störungen im Besitze hat. Wenn Hölder[22]) dagegen ausführt, daß sich aus der unterschiedlich aufzufassenden Bezeichnung des Begriffes „Störer" in den §§ 862 und 1004 ergebe, daß die Klage aus § 1004 gegen den Besitzer des Nachbargrundstücks gehe ohne Berücksichtigung des Urhebers der Störung, so ist m. E. aus diesem Grunde ein Unterschied nicht zu machen. Denn nach Hölder soll sich die Besitzstörungsklage gegen den Störer als solchen richten.

---

20) Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 57, S. 221; Kniepp, S. 445.

21) Vgl. die Ausführungen bei Volkmar in D.J.Zt. 1901, S. 382; ferner auch Simon, 1. Bd., 1. Hälfte, S. 441, Note 2.

22) Im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 93, S. 21 zit. bei Spitzer, S. 26.

Zweifelhaft ist es, wer bei einer im Auftrage eines anderen verübten Störung als Störer anzusehen ist. Nach der in der Literatur[23]) vertretenen Ansicht soll die Tatfrage des einzelnen Falles entscheiden. Endemann[24]) will deshalb ein Auftragsverhältnis nicht annehmen, kommt aber zu demselben Ergebnis.

Zweifelhaft ist es, ob der Vermieter eines Grundstücks als Störer angesehen werden kann, wenn dessen Mieter einen anderen Mieter durch Immissionen beeinträchtigt. Z. B. der Vermieter eines Nachbargrundstücks hat an einen Gastwirt Räume vermietet. Durch übermäßigen Lärm aus der Gaststube wird der Mieter eines Nachbargrundstücks gestört. Hier duldet der Vermieter (Eigentümer) Einwirkungen seines Mieters (des Gastwirtes) auf Nachbargrundstücke. Mit Recht wird auch der Vermieter neben dem mittelbaren Störer als Störer zu bezeichnen sein[25]).

Neumann[26]) will sehr einschränkend die Besitzstörungsklage nur gegen einen anderen Mieter gewähren, nicht aber allgemein gegen störende Dritte. Ein Grund für die Einschränkung ist aber nicht ersichtlich. Mit Recht wendet sich Volkmar[27]) und Hörig[28]) gegen die Einschränkung des Besitzstörungsklage.

Bezüglich des Endziels des Anspruchs aus § 862 ist zu sagen, daß er ja nach der Wirkung der Immission, ob sie körperlich andauert oder psychisch fortwirkt, verschieden ist. Da die körperlich andauernde Wirkung bei Immissionen in der Regel fortfällt und nur die psychisch fortwirkende Immission in Betracht kommt, ist der An-

---

23) Planck, Anm. 3 zu § 862; Dernburg, Bd. III, S. 92; Biermann, Bem. 3 zu § 862; Turnau-Förster, 3 zu § 862.

24) Bd. II, S. 244.

25) So RGE. Bd. 47, S. 164; Bd. 92, S. 25; Bd. 97, S. 26 (bei der letzteren handelt es sich darum, daß der Inhaber einer Fliegerschule duldet, daß Flugzeuge in geringer Höhe Nachbargrundstücke überfliegen und durch starken Lärm Beeinträchtigungen hervorrufen).

26) Bd. I, S. 715.

27) Volkmar in D.J.Zt. 1901 S. 382.

28) Hörig, S. 40; vgl. auch Hahn, S. 13.

spruch des Mieters auf „Herstellung der früheren Sicherheit im Besitze“ gerichtet, die dadurch erreicht wird, daß der Beklagte zur Unterlassung weiterer Störungen verurteilt wird. Kommt es zur Zwangsvollstreckung[29]), dann sind die §§ 882 oder 890 ZPO. anzuwenden.

In Immissionsprozessen kann sogar die nur allgemein gefaßte Verurteilung zur Fernhaltung von Störungen zulässig sein[30]). Fällt im Laufe des Immissionsprozesses die Störung oder auch nur die Besorgnis weiterer Störungen fort, dann gilt der Streit als in der Hauptsache erledigt und es wird nunmehr über die Kosten entschieden[31]). Auf Schadensersatz kann die Klage aus dem § 862 niemals gerichtet werden. Will der Mieter vom störenden Dritten Schadensersatz fordern, dann kann er ihn auf dem Wege über den § 823 erreichen[32]). Davon wird im nächsten Teile dieses Abschnittes die Rede sein.

3. Der deliktische Schadensersatzanspruch.

Da die possessorischen Rechtsbehelfe keine deliktische Natur haben, vielmehr es bei ihnen auf objektive Beeinträchtigung des Besitzes ankommt, kann der Mieter darauf allein einen Schadensersatzanspruch nicht begründen. Dieser erfordert noch das Vorhandensein von subjektiver Widerrechtlichkeit, von Vorsatz oder Fahrlässigkeit und naturgemäß auch den Eintritt eines Schadens. Der § 823 wird in Immissionsprozessen des Mieters gegen Dritte relativ selten Anwendung finden. Wenn auch erhebliche Immissionen in der Regel den Besitz des Mieters beeinträchtigen, den Mieter in der Freiheit seiner Besitzhandlungen schmälern, so wird doch der ursächliche Zusammenhang mit einem eingetretenen materiellen Schaden seltener in Erscheinung treten. In der Hauptsache handelt es sich bei Immissionen um Belästigungen, die von dem davon Betroffenen zwar unangenehm em-

29) Vgl. Mot. Bd. III, S. 126.
30) Vgl. Rechtspr. der OLG. (Kammerger.) Bd. 12, S. 71.
31) Siehe RGE. Bd. 60, S. 8 zit. bei RGR. Komm. III. Bd., § 862.
32) Planck zu § 906, Anm. e, S. 281.

pfunden, nicht aber gleich materiellen Schaden anrichten werden. Denn um materiellen Schaden muß es sich handeln. Nicht kommt für die Anwendung des § 823 der immaterielle Schaden in Betracht; so kann der Mieter z. B. nichts dafür verlangen, daß ihm durch nächtliches Hundegebell auf dem Nachbargrundstücke schlaflose Nächte bereitet werden, die aber keine nachteiligen Folgen nach sich ziehen. Anders verhält es sich z. B. in folgendem Falle: Ein Mieter, Schriftsteller von Beruf, muß innerhalb kurzer Zeit für den Verleger eine Abhandlung fertigstellen, wofür er eine bestimmte Vergütung erhalten soll. Er arbeitet hauptsächlich nachts, weil er dann wegen der Ruhe im Miethause am besten arbeiten kann. Durch dauerndes Klavierspiel aus der angrenzenden Mietwohnung zur Mitternachtszeit wird er an der Fertigstellung seiner Abhandlung gehindert, obwohl er den Störer wiederholt gebeten hat, das Klavierspiel zu unterlassen, weil ihm ein Schaden von X Mark entstehen würde.

Will der Mieter aus § 823 gegen Dritte vorgehen, dann muß der Dritte schuldhaft eines der dort aufgeführten Lebensgüter verletzt haben, und diese Verletzung muß in ursächlichem Verhältnisse zu dem eingetretenen Schaden stehen.

Da Immissionen den Besitz verletzen — wie bereits ausgeführt ist —, kann der Mieter den Schadensersatzanspruch auf die Verletzung dieses Rechtsgutes stützen, vorausgesetzt, daß der Besitz eines der im § 823, 1 aufgezählten Rechtsgüter ist.

Die Frage, ob der Mieter überhaupt einen Schadensersatzanspruch aus § 823 geltend machen kann, wird in der Literatur nicht bestritten[1]).

Zunächst sei der erste Absatz des § 823 daraufhin untersucht, ob er dem Mieter gegen Immissionen Schutz gewährt gegen Besitzverletzung.

---

1) Planck, Vorbem. I 3 zu §§ 535 ff., S. 801; auch RGE. Bd. 59, S. 326; Mittelstein, S. 696 oben; Sinneon, 1. Bd., 2. Hälfte, S. 659.

Aus dem ersten Absatze ersehen wir, daß der Besitz nicht unter den dort aufgezählten Rechtsgütern sich vorfindet. Demnach kann nur noch in Betracht kommen, ob der Besitz in die Kategorie „oder ein sonstiges Recht" Recht" fällt. Das ist streitig.

Wenn man auf die Entstehungsgeschichte des § 823 zurückgeht, so findet man, daß der I. Entwurf im § 704, Abs. 2, Satz 2 (jetzt im Sinne des § 823!) nur die Bestimmung enthielt: „Als Verletzung eines Rechts im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen". Die Motive bezeichnen es als zweifellos, daß absolute Rechte im Sinne des § 704, Abs. 2 des I. Entwurfs das Eigentum und die anderen Rechte an Sachen sind. Notwendig sei die besondere Erwähnung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre, weil diese Güter wohl nicht als Rechte bezeichnet werden können, aber gerade sie des Schutzes bedürfen[2]).

Die II. Kommission lehnte es ab, den Besitz als ein Recht im Sinne dieser Vorschrift zu erklären, weil der Besitz durch die Vorschrift des § 814 des I. Entwurfs (nun § 858), die die Anwendung des § 704, Abs. 1 des I. Entwurfs (jetzt § 823, 2) ermögliche, genügend geschützt sei und man ferner die Frage über das Wesen des Besitzes nicht entscheiden wollte. Dann wurde der ganze Satz gestrichen, weil man „Leben, Körper und Gesundheit" nicht unnötig erwähnen wollte. Die II. Kommission beschloß dann bei der 2. Lesung die nunmehrige Fassung des § 823, 1. Man führte dabei aus, daß man den Schluß des § 704, E I mit Recht gestrichen habe, weil die Wissenschaft ein Recht in weiterem Sinne annehme. Ob aber die „sonstigen Rechte" sich an Eigentum anschließen sollen oder nicht (dann weitere Fassung!) ist hier und auch aus den Protokollen nicht ersichtlich. Und deshalb ist der Begriff „sonstiges Recht" streitig.

Daß der Besitz unter „sonstiges Recht" fällt, wird in

---

2) Mot. Bd. II, S. 728.

der Literatur[3]) anerkannt, die außer Eigentum auch die absoluten Rechte, die gegen jedermann Schutz gewähren, unter den Begriff eingliedert. So auch die reichsgerichtliche Praxis[4]).

Auf anderem Standpunkte stehen insbesondere Planck[5]) und Sohm[6]). Trotz gegenteiliger Ansicht kommt Planck aber zu demselben Ergebnis, da er ausführt, daß der Streit darum, ob der Besitz unter § 823 falle, keine praktische Bedeutung habe, da er auf jeden Fall unter den 2. Absatz einzustellen sei.

So kommen wir zu dem Ergebnisse, daß der Mieter bei Vorliegen der sonstigen objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 823, Abs. 1 sehr wohl auf Besitzverletzung den Schadensersatzanspruch stützen kann. Zu erwähnen ist, daß die Frage, ob Besitz überhaupt ein Recht ist, als außerhalb des Rahmens dieser Arbeit liegend, nicht behandelt worden ist[7]).

Aber nicht nur auf den 1. Absatz des § 823 läßt sich der Schadensersatzanspruch des Mieters bei Beeinträchtigung durch Immissionen stützen; auch der 2. Absatz gibt dem Mieter eine Handhabe.

Nach diesem Absatze muß der schadenstiftende Dritte schuldhaft gegen ein Verbotsgesetz verstoßen haben, das dem Schutze des Mieters zu dienen bestimmt ist.

Als Schutzgesetz kommt nach allgemeiner Ansicht[8]) der § 858 in Frage. Demnach ist hier zu prüfen, ob der Immittent schuldhaft verbotene Eigenmacht verübt hat, weil nach dem Inhalte des Schutzgesetzes selbst ein Ver-

---

3) Liszt, S. 21 (jedes rechtlich geschützte Interesse falle unter den § 823, 1); Goldmann-Lilienthal, Bd. 1, S. 390; Fischer-Henle, Note 8 zu § 823; Kuhlenbeck, Note 8b zu § 823.

4) Bd. 57, S. 353ff.; Bd. 59, S. 326 (wo dem in Besitz gesetztem Mieter der Schutz aus § 823, 1 gewährt wird).

5) Bem. II, 1 fd zu § 823.

6) Der Gegenstand, S. 28.

7) Vgl. die Ausführungen bei Planck, Bd. III, S. 32; vor allem Savigny, das Recht des Besitzes.

8) So Fischer-Henle, Note 16 zu § 823; Planck, Bem. III 2d zu § 823, S. 1744.

stoß auch ohne Verschulden möglich ist. Das ist bei § 858 der Fall.

Wie der Mieter aus dem obligatorischen Rechtsverhältnissen mehrere Ansprüche gegen den Mieter zugleich haben kann, so auch hier gegen Dritte. Z. B. kann dem Mieter die Besitzstörungs- und Schadensersatzklage zugleich zustehen, die er bei der prozessualen Geltendmachung verbinden kann[9]).

9) Nach ZPO. § 260; daß die Verbindung zulässig ist siehe bei Planck, Vorbem. zu den §§ 861—864, S. 61.

IV. Kurzer Ausblick auf den Schutz außerhalb des BGB. und zusammenfassende Betrachtung.

Außerhalb des BGB. kann ein Schutz des Mieters nach der Reichsgewerbeordnung (GO.) in Frage kommen. Hier ist sein Schutz gegen störende gewerbliche Anlagen beschränkter als nach BGB. schlechthin. Das folgt aus dem § 26 GO. Dieser lautet: „Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachteiligter Einwirkungen, welche von einem Grundstück aus auf ein benachbartes Grundstück geübt werden, dem Eigentümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen, oder, wo solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden".

Daraus ersehen wir, daß auch die Abwehrklage des Mieters gegen störende Immissionen den Beschränkungen des § 26 GO. unterworfen ist, wenn es sich um obrigkeitlich genehmigte Anlagen handelt im Sinne der §§ 16, 23 und 24 GO. Daß übrigens der in den Besitz gesetzte Mieter dem Eigentümer gleichgestellt ist, geht aus dem Texte des § 26 GO. hervor, der von einer „Privatklage des Besitzers' 'spricht. Die Abwehr solcher Immissionen kann daher vom Mieter nicht auf Einstellung des Gewerbebetriebes gerichtet werden; er kann nur die Herstellung von Immissionen hindernden Einrichtungen und u. U. Schadensersatz verlangen.

Die Besitzstörungsklage des Mieters ist aber nur bei solchen Anstalten den Beschränkungen des § 26 GO. unterworfen, die bereits errichtet sind; daß die gewerb-

lichen Anlagen in Betrieb gesetzt worden sind, ist nicht erforderlich. Wenn ferner eine Anstalt nicht konzessionspflichtig ist, so kann, so lange die Möglichkeit besteht, die Störungen durch Änderungen im Betriebe auf ein erträgliches Maß zurückzuführen, nicht auf die völlige Einstellung des Betriebes erkannt, sondern nur die bisherige Betriebsführung untersagt werden[1]). Bezüglich des Klageantrags des Mieters in derartigen Prozessen wird man wohl verlangen müssen, daß darin zum Ausdruck gebracht wird, daß der Beklagte zur Schadloshaltung verurteilt werden soll, falls er sich nicht während des Verfahrens zur Herstellung zweckmäßiger Schutzvorrichtungen bereit erklärt[2]). Das Urteil würde lauten müssen, daß der Beklagte Schadensersatz zu leisten habe, wenn er nicht binnen einer ihm gesetzten, ausreichenden Frist die Herstellung bestimmter Schutzvorrichtungen bewirkt[3]).

Das Reichsgericht[4]) will im § 26 GO. nur einen Fall eines allgemeinen Grundsatzes sehen, nämlich die Schadloshaltung des Betroffenen ohne Nachweis eines Verschuldens, allgemein, wenn durch staatliche Erlaubnis eines nachbarlichen Betriebes jemanden versagt ist, auf auf Beseitigung oder Unterlassung zu klagen. Enneccerus-Kipp-Wolff[5]) bezeichnen diesen Anspruch als „Ausgleichsanspruch" gegenüber anormalen Eigentumseingriffen. M. E. ist weder der § 26 nur ein Fall eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Schadloshaltung ohne Nachweis eines Verschuldens, noch nach Enneccerus-Kipp-Wolff als ein Ausgleichsanspruch schlechthin anzusehen. Denn auch in diesen Fällen ist der Nachweis eines Verschuldens erforderlich, weil die Voraussetzungen eines nach der GO. nicht geregelten Anspruchs nach BGB. zu beurteilen sind und das BGB. auf dem Verschuldensprinzip steht[6]). Umgekehrt verhält es sich, wenn Immissionseingriffe als Ausfluß öffentlich-recht-

1) Vgl. D.J.Zt. 1900, S. 76.
2) Z. B. bei Raucheinwirkungen höhere Schornsteine.
3) Gruchot, Bd. 39, S. 459 und Jur. Woch. 1896, S. 343.
4) Bd. 47, S. 99; Bd. 58, S. 130.
6) Vgl. Hörle im Verwaltungsarchiv 10 (02), S. 380.

licher Befugnisse anzusehen sind; dann kann zwar nicht Beseitigung des Eingriffs verlangt werden, sondern der Klagegegenstand verändert sich wegen der Unmöglichkeit der Beseitigung in einen Schadensersatzanspruch, der von einem Verschulden unabhängig ist[7]).

Ein mittelbar wirkender Schutz wird dem Mieter auch nach sonstigem Reichs- und Landesrecht gewährt. So haben z. B. eine Reihe von Landesgesetzen angeordnet, daß zwischen den einzelnen Gebäuden ein bestimmter Zwischenraum gelassen werde; ähnliche Vorschriften finden sich in gemeindlichen Bauordnungen z. B. für Villenviertel vor; oder man hat für einzelne besonders starke Beeinträchtigungen hervorrufende Anlagen, wie Dunggruben, Kloaken, Schweineställe usw. einen besonderen Grenzabstand festgesetzt[8]) [9]).

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der Mieter gegen Beeinträchtigung durch Immissionen de lege lata in hinreichender Weise geschützt ist. Aus dem obligatorischen Rechtsverhältnisse stehen ihm eine genügende Reihe von Ansprüchen gegen den Vermieter zu; überdies kann er gegen störende Dritte selbständig auf Grund seiner Besitzrechte vorgehen. Im Hinblick auf de lege ferenda ist für einen noch erweiterten Schutz des Mieters gegen Beeinträchtigungen durch Immissionen in keiner Weise ein Bedürfnis vorhanden, dem der Gesetzgeber Rechnung zu tragen hätte. Würde man nämlich in der schutzgebenden Tendenz weitergehen, dann würden darunter die Interessen anderer, insbesondere des Vermieters, leiden. Der Vermieter ist ohnehin durch die augenblickliche allgemeine Mieterschutzgesetzgebung zur Duldung sehr großer Beschränkungen verpflichtet. So hat z. B. sein Kündigungsrecht und sein Verfügungsrecht über eigene Wohnräume wegen der Schaffung der Zwangsmiete eine erhebliche Einbuße erlitten.

---

7) So RGE. Bd. 30, S. 116.

8) RGE. Bd. 51, S. 253; Bd. 63, S. 378.

9) Selbst im römischen Rechte kannte man ähnliche nachbarrechtliche Bestimmungen. Vgl. hierzu Kübler, Geschichte des römischen Rechts, S. 42 oben.